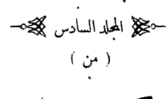
جزء الثا لسادس

﴿ المجلد السادس ﴾

(من)





مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة

﴿ في الأمانات وتوابعها ﴾

ويدخل فيه (الوديعة) و (العارية) و (اللقطة)

و (الجعالة) و (الغصب) و (الشفعة)

تصنيف المولى العلامة المحقق المدقق المتبحر المتقن السيد

محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي

الشقرائي المجاور بالنجف الأشرف

الغروي على ساكنه السلام

حياً وميتاً قدس الله

سره الشريف

آمين

(وفي أعلى كل صحيفة منه مايخصها من المتن المذكور)

مطبعة الفيحاء بدمشق | لاصحابها مصطفى شوري واخوانه سنة ١٣٣١ ﻫ | شارع مدحت باشا

(كتاب الامانات وتوابعها) وفيه مقاصد (الاول) في الوديعة وبه فصول (الأول) في حقيقتها (متن)



الحمد لله كما هو اهله رب العالمين · وصلى الله عَلَى محمد وآله الطاهرين المعصومين · ورضي الله سبحانهُ عن علمائنا ومشائخنا وصالحي رواتنا اجمعين · ﴿ وبعد ﴾ فهذا مابرز بلطف الله سبحانهُ من اجزاء مفتاح الكرامة عَلَى قواعد العلامة تصنيف العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني العاملي عامله الله في دار يهِ بلطفهِ الجلي والخفي امين امين · (قوله) =﴿ كتاب الامانات وتوابعها وفيهِ مقاصد الاول الوديعة وفيهِ فصول الاول في حقيقتها ﴾= اليد في الشرع عَلَى قسمين يد قهر وعدوان و يد امانة واستئمان (فالاولى) كيد الغاصب الظالم الاثم دون ماعداه مما ذكره جماعة من انه الغصب لان الضمان لا ينافي الاستئمان في غير الوديعة ومنها الوديعة اذا تعدى فيها بخيانة ونحوها او فرط او طلبها المالك فلم يخلِّ بينهُ و بينها (والثانية) عَلَى قسمين امانة مالكية وامانة شرعية والاولى ما كانت مستندة الى المالك او من قام مقامه وقد عرفت الثانية في الروضة والكفاية بانها ما اذن في الاستيلاء عليها شرعًا ولم يأذن فيها المالك وفي المهذب البارع وايضاح النافع عَلَى قسمين خاصة وعامة (فالخاصة) كل عين حصلت في يد غير مالكها باذنه او بغير اذنه ثم اخبر ولم يطلبها او اقرّه الشارع عَلَى امساكها كالوديعة والعارية ومال الشركة والمضاربة والعين المرهونة والمستأجرة والموكل عليها والعين التي هو وصي عليها و يدخل فيها العين المقبوضة بالسوم قال في المهذب مامعناه انه زيد ما اقرّه الشارع عَلَى امساكها ليدخل فيهِ الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الاسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث فان الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج فهي في يده الى وقت الاستيجار غير مضمونة وليدخل فيه ايضاً اللقطة فانها في يد الملتقط لا باذن المالك بل الشارع اقرّ يده عليها للاحتفاظ ومراده ان هاتين تدخلان في تعريف الامانة الشرعية و قضيته ان لا تقرّ يدهما عليهما فوجب ان يزاد ذلك لادخالهما في الخاصة لمكان التوافق في الحكم قالا (واما العامة) فهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك عَلَى غير جهة التعدي كالثوب يطيره الريح الى دار انسان وكالوديعة اذا مات مالكها ولم يعلم الوارث وكالعين المأمور بدفعها الى غيره والمال الموصى بتفرقته او بدفعه الى من لا يعلم ولو كان الموصى له معينا وعلم بهِ كان امانة خاصة · وحكم الامانة الخاصة انه لا يجب دفعها الا مع الطلب فلو تلفت قبله

لم يضمن . وحكم العامة وجوب الدفع على الفور و يضمن مع التأخير و يشتركان في الضمان مع التعدي والتفريط انتهى كلامها (قلت) قد عد ابو علي والشيخ في المبسوط والمقداد من الامانة الشرعية العين المستأجرة بعد انقضاء المدة والاكثرون على خلاف ذلك كما بيناه في باب الاجارة و يدخل في الثانية .ماينتزع من الغاصب او السارق حسبة دون مايستودعه اياه عند المشهور فانه عندهم لقطة في وجوب التعريف والتصدق دون التملك كما سياتي وعند جماعة انه يتصدق به فيكون مجهول المالك فيدخل فيها كما تقدم في باب الدين من ان المال المجهول المالك من الامانات الشرعية التي يجب ردها الى مالكها فورا بالتصدق بها وهو ماحصل في يدك من مالكه او من يقوم مقامه ثم جهلته او كان مجهولا لك من اول الامر كان كنت معه في فندق او خان او قافلة ولا تعرفه وحصل في يدك اوفي متاعك شيء من ماله غفلة او خطأ (ومنها) ومنه اي الامانة الشرعية ومجهول المالك ماينتفي الاشتباه فيه من النعال في الزيارات والحمامات و يشبهه مايؤخذ من الحاكم الظالم مما علم انه حرام ولا يعلم صاحبه مما لايجدي تعريفه اذ قد لايعرف صاحبه ذهابه منه او لا يعرف انه وصل الى يدك من الظالم والسارق عملا بالعلة المومى اليها في خبر يونس حيث قال عليه السلام كيف تعرفه ولم تعرف بلده -ومن الامانة الشرعية العامة اللقطة مع ظهور المالك والهدايا والكتب المرسلة نص عليها الفاضل المقداد في الكتب واحتمل العدم لانها مال المرسل وضعفه بان العرف يقتضيه وان الشرع ان لم يقتضه فلم يقتض عدمه (ومنها) الصيد المنتزع من المحرم او من محل اخذه من محرم فانه يجب رده فورا الى الحرم وهذا لايتصور فيه الاعلام وكذا تخليص الصيد من الجارح ليداويه ومن الشبكة في الحرم (ومنها) ايضا مالو ظفر المقاص بغير جنس حقه فهو امانة شرعية حتى يباع وهذا ايضا لايتصور فيه الاعلام فتأمل وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وان كسباه من قمار ومايؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بايديهما وما يتسلمه منهما نسيانا وما بطل من الامانة المالكية بموت المالك او جنونه او موت المؤتمن او جنونه وما اذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع و بدونه وهذه الثلاثة ونحوها يحتاج في ادخالها في احد التعريفين الى تجشم فتأمل فحاصل حكم الامانات الشرعية العامة انه يجب دفعها فورا الى مالكها ان علم والا فالى من قام مقامه من الفقراء او الحاكم و يبقى الكلام في مقامات (الاول) ماقبض بالعقد الفاسد من بيع وصلح ونحوهما من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان بصحيحها فانه لا ريب ان اليد فيها ليست عادية ظالمة فان كانت امانة مالكية كما يتوهم بادىء بدء كان ينبغي انه لايجب ردها على الفور وانها لو تلفت لم يضمن مع انه يضمن قطعا و يجب عليه اعلامه او ردها فوراً على الظاهر فكانت امانة شرعية (فان قلت) انها حصلت في يده باذن المالك (قلت) ليس كذلك لانه كان على وجه مخصوص فكانت كما لو بطلت الشركة او المضاربة والوديعة بجنون المستودع والمضارب والشريك اوموته وهذه اعني المضاربة والوديعة والوكالة والشركة ونحوه مما لا يضمن بصحيح العقد منها اذا فسد عقدها كانت امانة مالكية فكان فرق بين فساد عقدها و بين بطلانه بما ذكر ومثل المقبوض بالعقد الفاسد مالو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلا بالغصب ونحوه مالو دفع اليه المستودع ثوب نفسه بظن انه ثوبه اي المودع (الثاني) انه ذكر في التذكرة والمهذب البارع وايضاح النافع والمسالك والروضة وكذا الكفاية ان حكم الامانة الشرعية وجوب الرد والدفع على الفور كما في ماعدى الاول وفيه اي الاول انه يجب الرد مع التمكن وقد صرح فيما ياتي من الكتاب والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان انه يجب عليه الاعلام وهو الموافق للاصول والاعتبار لانه غير عاد غاصب وايجاب النقل عليه وكونه على الفور من دون طلب المالك بل مع طلبه يحتاج الى دليل ولا نقول ان الجاهل المستودع من الغاصب او المشتري منه يجب عليه الرد وان كان ضامنا نعم قد نقول بذلك في المستعير ونحوه على تأمل لانه قد اقدم على ذلك وقد لايكون صاحب المهذب وصاحب الايضاح مخالفين لان الدفع غير الرد و يبقى الكلام في كلام من عبر بوجوب الرد كالكتب الاربعة و يمكن حمله على وجوب الدفع ورفع اليد كما سيصرحون به عند قولهم يجب

وهي عقد يفيد الأستنابة في الحفظ (متن)

عَلَى المستودع ردّ الوديعة اذا طلبها المالك فتلتئم الكلمة وقد يكون القائل بوجوب الرد استند الى ماسمعه من الاخبار (الثالث) انهُ قيد ذلك في المهذب وايضاح النافع بعدم علم المالك وقضيتهُ انهُ اذا علم لا يجب عليهِ نقله وهو قضية الكتاب فيما يأتي والسرائر والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان وبهِ صرّح في التذكرة في مقام اخر بل هذا المقام من لوازم المقام الثاني لكن قال في المسالك انهُ لافرق عندنا بين علم المالك بانها عنده وعدمه (الرابع) قد استجود المقدس الاردبيلي قولهم بوجوب الاعلام في الامانة الشرعية وقال ان القول بوجوب الرد بل بجوازه سيما مع كل من كان محل تأمل لانهُ تسليط الغير عَلَى مال الغير بغير اذن فيمكن القول بالضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير وكذلك الضمان مع التأخير من غير تصرف بل بمجرّد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه (قلت) اما وجوب الاعلام فدليله الاخبار الواردة في طلب الاجير وصاحب الحق وقوله عليهِ السلام في خبر يونس تحملونهُ وغير ذلك من فحاوى اخبار اللقطة بل قد يستدل عليهِ بقوله صلى الله عليهِ وآله عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي وان كان مخصوصاً بالامانات وهذه الاخبار هي التي قلنا انها يمكن ان تكون دليل القائلين بوجوب الرد (ودليله) اي وجوب الاعلام ايضاً الاجماع والاعتبار كما ستسمع واستحبابه (١) لانا نقول بوجوبهِ فدليله بعد الاجماع عليهِ عَلَى الظاهر لانهم بين قائل بوجوبه و بين نافٍ له خاصة ان فحوى الحال يقتضي بان (٢) المالك يرضى بالبعث مع كل من كان ولهذا كان متداولا بين المسلمين في العواري والودائع ولا يلزمون ردها مع خصوص الثقة او مع من ارسلهُ معهُ الدافع على ان هذين لايجديان في دفع الضمان ان ثبت المنع من الرد بل لابد من التسليم يدا بيد وفيهِ من المشقة والعسر ماترى واما الضمان مع التأخير فقد طفحت بهِ عباراتهم في الباب وغيره من غير نكير لان اثبات اليد على مال الغير موقوف على الاذن الا فيما اقتضتهُ الضرورة وهو ماقبل التمكن من الاعلام والتخلية (قوله) ﴿وهي عقد يفيد الاستنابة في الحفظ﴾ الوديعة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع كما في التذكرة والمهذّب البارع بل في الاخير اجماع الامة وفي الغنية والسرائر انّ ترك قبولها اولى مالم يكن فيه ضرر على المستودع (المودع خ ل) قلت لاشبهة في رجحان قبولها مع عدم المانع ولو لم يكن هناك غيره ففي التذكرة ان الاقوى انهُ يجب عليهِ القبول لانه من المصالح العامة و بالجملة ان القبول واجب على الكفاية وفي مجمع البرهان ان ايجاب حفظ مال على اخر بلا اجرة ولا عوض يحتاج الى دليل قوي وكونه من المصالح العامة بحيث يجب على الناس كلهم ذلك غير ظاهر انتهى فتأمل فيه اذ الوديعة مبنية عندهم عَلَى التبرع كما صرح به جماعة والاصل برائة الذمة فشغلها يحتاج الى دليل نعم لا مانع من اشتراط العوض والاجرة وهي في عرف الفقهاء العقد وفي عرف اللغة والعرف العام المال الموضوع عند الغير ليحفظه كما في التذكرة وغيرها وفي التحرير ان حقيقتها استنابة في حفظ المال وانوا بالهاء لانهم ذهبوا بها الى الامانة والحاصل انها تطلق عَلَى العين وعَلَى العقد عليها وعَلَى فعل المودع وقد عرفت في النافع واللمعة بانها استنابة في الحفظ وبها عرف عقدها في الشرايع (وقد) يعتذر عنهما معاً بان الاستنابة تستلزم قبولها لانها لو تجردت عنهُ لم تؤثر فصح تعريفها وتعريف عقدها به لانهما بمعنى او يقال انه لما كان التعريف للعقد كما هو المعلوم من مذهبهما في الاولين وصريح الثاني وكان المعتبر منه الايجاب تسامح في اطلاقها عليه او يكون المراد بيان المقصود منها بالذات لان الاستنابة في الحفظ هي المقصودة اولاً و بالذات منها فيخرج نحو الوكالة والمضاربة والاجارة لان المقصود بالذات منها غير الاستنابة ولا ينتقض باللقطة

---

(١) كذا في نسختين ولا يخفى وقوع خلل في العبارة وكان صوابها هكذا واما جواز الرد بالمعنى الاعم من وجوبه واستحبابه الخ فلتراجع « مصححه »

(٢) كذا في نسختين ولو كان الصواب يقتضي ان او يقضي بان « مصححه »

جائزة من الطرفين ولا بد فيها من ايجاب وهو كل لفظ دال عَلَى الأستنابة باي عبارة كان وقبول فعلا او قولا دالا عَلَى الرضا « متن »

اذا اراد الملتقط الحفظ خاصة لانها استنابة من المالك الحقيقي قوله ﴿ جائزة من الطرفين ﴾ كما طفحت به عباراتهم وقد حكي عليه الاجماع في التذكرة ونفي عنه الخلاف في المسالك ومجمع البرهان والكفاية بل هو ضروري (قوله) ﴿ ولا بد فيها من ايجاب وهو كل لفظ دال عَلَى الاستنابة باي عبارة ﴾ كما هو شأن العقود الجائزة فيكفي فيها كل لفظ دال عليها بل التلويح والاستعطاء والاشارة المفهمة لمناها ولا تنحصر في لغة دون أخرى كما صرح بذلك كله في التذكرة وغيرها وهل يكون الايجاب فعليا لم اجد تصريحا به الا في مجمع البرهان والكفاية والرياض وحكاه في الدروس عن التذكرة ولم اجد فيها تصريحا بذلك وحكي في المسالك عن بعض الاصحاب ان في قولهم لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها دلالة عَلَى جواز كون الايجاب فعليا . لان مفهومه انه لو قبلها لزمه حفظ المال الدال عَلَى تحقق الوديعة ولم يحصل من المالك ايجاب قولي بل مجرد الطرح وقال انه فاسد لان وجوب الحفظ المترتب عَلَى القرض اعم من كونه بسبب الوديعة لانه قد يكون بسبب التصرف بمال الغير هذا والظاهر ان الاشارة والتلويح والكناية (والكتابة ظ) لا تعد من الافعال المعتبرة ولا من الاقوال و ياتي تحقيق الحال بحيث يرتفع الاشتباه والاشكال (قوله) ﴿ وقبول قولاً او فعلاً دالاً عَلَى الرضا ﴾ كما في الشرايع والتحرير والتذكرة وغيرها من غير خلاف في ذلك لان الغرض منه اي القبول الرضا بها وربما كان الفعل وهو قبضها اقوى من القول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه ح لو قصر بخلاف القبول القولي فانه وان لزمه ذلك شرعاً الا انه ليس صريحاً في الالتزام من حيث انه عقد جائز فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر اثره واليد توجب الحفظ الى ان يرده عَلَى مالكه بل التزامه بحفظها بواسطة القبض اذا لم يحصل ايجاب اولى لعموم عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي ولا كذلك مع تحقق الايجاب لان المستودع يصير اميناً لا يحكم بضمانه غالباً حتى لو ادعى ردها يقبل قوله لاستيمانه بخلاف اليد فانه قد لا يقبل منه دعوى التلف الا بالبينة وبهذا اتضحت القوة والاولوية في عبارة الروضة لكنه قال فيها وفي المسالك ان فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتم الا بصيغة من الطرفين ومن ثم قيل انها اذن مجرد لا عقد وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي (وانت خبير) بان الوكالة والمضاربة والعارية من العقود الجائزة ويكفي فيها القبول الفعلي وقد عرفت ايضاً ان الايجاب لا يشترط فيه ان يكون باللفظ الصريح بل يكفي فيه الاشارة والكتابة والتلويح والمعروف انها عقد فلو عزل المستودع نفسه انعزل وارتفعت الوديعة وبقي المال امانة شرعية في يده يجب رده وان لم يطلبه المالك فان اخر ضمن وان كانت اذنا مجرداً لا ينعزل بالعزل بل يقع لغواً كما لو أذن له في تناول طعامه فرد الاذن فان له الاكل بالاذن السابق كما ذكر ذلك في التذكرة وفي مجمع البرهان انه لم تظهر له ثمرة هذا الخلاف وذكر انه قد قيل في الثمرة انه ان كان عقداً فلا بد من كون القبول لفظاً والا فلا وانه ان كان عقداً فولد المودعة وديعة والا فلا وان الصبي والمجنون لا يضمنان اذا استودعا ان كان عقداً والا ضمنا وهو جيد جداً في الاول (وتنقيح البحث) ان العقود الجائزة حيث يكون ايجابها وقبولها قوليين تكون عقوداً ويصح نظمها في سلك العقود التي لا تتم الا بصيغة من الطرفين ويترتب عليها العزل بالانعزال وغيره مما ذكر وحيث يكون ايجابها او قبولها بالاشارة او الكتابة او بالفعل كأن يقول له او يكتب اليه اقرضني مائة او اعرني دابتك (دابة خ ل) او اودعني دراهمك اووكلني في بيع كتابك فيرسل اليه المائة او الدابة او الدراهم او الكتاب فانها من باب المعاطاة في العقود الجائزة وقد عدوا الاشارة والكتابة في باب البيع من باب المعاطاة فعد العقود الجائزة من العقود انما هو حيث يكون بصيغة من الطرفين وقولهم تكفي فيه الاشارة والايجاب الفعلي والقبول الفعلي معناه انها تكفي فيها المعاطاة الدالة عَلَى اباحة التصرف و يشهد لذلك كلامهم في باب المعاطاة وقولهم في العقود الجائزة ان قبولها قول او فعل مسامحة قطعاً كما نبه عليه المصنف في عدة مواضع من وكالة التذكرة وصرح به في عاريتها وكما صرح به المحقق الثاني في باب الوكالة

ولا بد من صدورها من مكلف جائز التصرف فلو استودع من صبي اومجنون ضمن الا اذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ولا يبرأ بالرد اليهما في الصورتين بل الى الولي ولا يصح ان يستودعا فان اودعا لم يضمنا بالاهمال « متن »

والمقدس الاردبيلي في باب العارية قال ان ذلك كله مسامحة ومساهلة (وعساك تقول) ان كان كما ذكرت فهلا قالوا يكتفي في الايجاب ان يكون فعلاً (قلت) قد قالوا في الوكالة وغيرها ان ايجابها بالكتابة والاشارة والتلويح بل قالوا في العارية انه يكفي في ايجابها قرينة الحال كحسن الظن بصديقه وصرحوا في المقام بانه اي الايجاب يكون فعلياً ثم ان بعض اقسام الامانة الخاصة لا ايجاب فيها اصلاً لا قولاً ولا اشارة ولا تلويحاً وقولهم ان قبولها اي العقود الجائزة فعل حتى يكون المعنى ان العقد يتم به فاذا حصل الايجاب القولي والقبول الفعلي صارت عقداً غير مراد قطعاً لان العقد تترتب ثمرته عليه ولا تكون قبله وثمرة العقود الجائزة جواز الانتفاع والتصرف بعد العقد فاذا جاز التصرف بهذا القبول الفعلي لم يكن عقداً قطعاً وان كان عقداً لم يجز التصرف به كما هو واضح الا ان يتجشم له انه بالرضا قبله يتم العقد كما قال نحوه في الوكالة في التذكرة اوما قالوه في البيع الضمني ونحوه مع انه لا يكاد يتم فيه بل يقع بانهم لم يريدوه وعدم تعرض الاكثر لما حررناه لان المهم في العقود الجائزة تحصيل الاذن من المالك والرضا بالتصرف بعقد او بمعاطاة كما صرح به في عارية التذكرة لكنهم اختاروا واستحبوا ضبط الايجاب فيها بالامر الظاهر الكاشف عن المقاصد الباطنة وهو القول والبيان المعبر عما في ضمير الانسان والافعال قاصرة عن ذلك غالباً اذ غايتها الظن ولا يغني اذ هو مثار الاختلاف ومنشأ التنازع فلذلك تعرض الاكثر له والا فقد قال في التذكرة انه يكفي في العقود الجائزة الظن المستفاد من العبارات والالفاظ وما يقوم مقامها بل قال لا تفتقر الى لفظ بل تكفي القرينة بخلاف العقود اللازمة فانها موقوفة على الفاظ خاصة اعتبرها الشارع ونحن لا نوافقه على الاكتفاء بالظن في جميع العقود الجائزة فقد اتضح الحال ولم يبق بعد اليوم في المسئلة اشكال وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية انه ان كان المودع قد قال اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً وان قال احفظه او هو وديعة عندك لم يفتقر الى لفظ يدل على القبول كما في الوكالة وفي المسالك انه كلام موجه ولم يتضح وجهه للمولى الاردبيلي وغيره بل استظهروا انه لا فرق وكيف كان فلا تجب المقارنة بين الايجاب والقبول كما طفحت به عباراتهم ونفى عنه الخلاف في المفاتيح وتشهد له اطلاقات الاخبار والفتاوى ولولا ذلك لربما تأملنا فيما اذا كان قولياً فتأمل (قوله) ﴿ولا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف﴾ هذا مما لا ريب فيه ولذلك تركه المعظم واكتفوا بما ستسمع (قوله) ﴿ولو استودع من صبي او مجنون ضمن﴾ كما في الشرايع والتذكرة والارشاد واللمعة والمسالك والروضة والمبسوط والسرائر والتحرير غير ان في الثلثة الاخيرة الاقتصار على الصبي ولم يذكر فيها (المجنون ظ) لانهما ليسا اهلاً للاذن فيكون وضع يده على مالهما بغير اذن شرعية فيضمن سواء كان المال لهما او لغيرهما ادعيا الاذن في ذلك ام لا وقد اطلق الحكم بالضمان في الكتب المذكورة ما عدا التذكرة والمسالك والروضة بحيث يشمل ما لو علم تلفها في ايديهما وعدمه ولعله لانه استولى على مال غيره بغير اذن والاولى التقييد بما ذكره المصنف وغيره كما ستسمع من ان ذلك اذا لم يخف تلفها في ايديهما فيقبضها بنية الحسبة ولا ضمان لانه محسن فيكون مأذوناً من الشارع (قوله) ﴿الا اذا خاف تلفه فالاقرب سقوط الضمان﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية لما عرفت من انه محسن وما على المحسن من سبيل (قوله) ﴿ولا يبرأ بالرد اليهما﴾ كما هو ظاهر وبه صرح في المبسوط والسرائر والشرايع والارشاد وغيرها (قوله) ﴿في الصورتين﴾ يعني صورتي خوف التلف وعدمه (قوله) ﴿بل الى الولي﴾ اي الخاص او العام مع تعذره (قوله) ﴿ولا يصح ان يستودعا فان اودعا لم يضمنا بالاهمال﴾ كما هو قضية المبسوط والسرائر وصريح الشرايع والتذكرة في الحجر والباب

اما لو اكلها الصبي او اتلفها فالاقرب الضمان « متن »

والتحرير في البابين ايضاً والارشاد وجامع المقاصد في اثناء كلام له في المقام والمسالك ومجمع البرهان والكفاية و بعدم ضمانهما لو تلفت اللقطة في يدهما جزم في لقطة التذكرة وجامع المقاصد لان الضمان باعتبار اهمالها انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب لا يتعلق بهما لانه من خطاب الشرع ولا يعارضه قوله «ص» عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي لان عَلَى ظاهرة في وجوب الدفع او الحفظ فيكون من خطاب الشرع ايضاً فليتأمل فانهم قد جعلوه في باب الغصب من خطاب الوضع وقرب المصنف في لقطة الكتاب وولده ضمانها لو تلفت اللقطة في يدهما وتعليلهم بان المودع سبب في اتلاف ماله حيث اودعه من لا يكلف بحفظه لعله تقريبي فان من دفع ماله الى مكلف يعلم انه يتلفه يكون متلفاً لماله مع ان قابضه يضمنه ولعل الفرق ظاهر بالتكليف وعدمه (وليعلم) انه في حجر جامع المقاصد قال ان التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف فلا فرق عنده بين هذه وما يأتي وقد تقدم في باب الحجر ماله نفع في المقام (قوله) ﴿اما لو اكلها الصبي او اتلفها فالاقرب الضمان﴾ كما في المبسوط والسرائر في ظاهرهما او صريحها وظاهر الشرايع والارشاد وصريح التذكرة والتحرير في الباب والمسالك وقيد في الحواشي وجامع المقاصد بما اذا كان مميزاً وقد قطع به اي الضمان في الثاني وقواه فيه اذا لم يكن مميزاً في الباب وفي باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميز وقرب عدم الضمان مطلقاً في حجر التذكرة والتحرير وجزم في لقطتهما ولقطة الكتاب وجامع المقاصد بالضمان (حجة الاولين) ان الاتلاف لمال الغير سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيه (فيها خ ل) الصغير والكبير (وحجة) الحواشي والجامع ان غير المميز لا قصد له فكان كالدابة وقال في الثاني ان المميز يضمن قطعاً لوجود المقتضي وانتفاء المانع اذ عدم بلوغه لا يصلح لان يكون مانعاً خصوصاً المراهق فانه كالبالغ في فعله وقصده ور كون الناس اليه نعم لا يضمن بالتقصير لعدم وجوب الحفظ عليه ثم فرق بين وضع يده عدواناً فتتلف العين في يده فيضمن و بين ما اذا كان الوضع باذن المالك وتسليطه فتتلف بتقصيره في الحفظ . وفيه (اولاً) ان المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اذ القصد لا مدخل له في الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره (سلمنا) لكن قد عد قصد الصبي كلا قصد في مواضع بل عدوا جميعاً عمده وقصده خطأ في القتل (وثانياً) انك قد عرفت ان التفريط لم يقصر عن الاتلاف عنده وقد عرفت ان المالك وان كان قد عرضه للاتلاف بسبب تسليطه لكن ذلك غير كاف في سقوط الضمان لو باشره ولو بالتفريط (وثالثاً) ان ذلك كله فرع وجود دليل يدل عَلَى السببية مطلقاً ولم نجد الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو مختص بالمكلف كما تقدم ويشهد له التعريف المشهور للحكم فان وجد ما يدل عليها كذلك فلا كلام والا فعدم الضمان هو الاشبه بالاصول والضوابط كما سمعته عن حجر التذكرة والتحرير لكن في المبسوط والسرائر وغيرهما ان الصبي والبالغ في اتلاف الاموال سواء وقد قطع جماعة بذلك في عدة مواضع (منها) انهم قالوا لو اتلف المال بدون ايداع المالك ضمن قطعاً صرح بذلك في جامع المقاصد وقال ان المميز اذا اتلف يضمن قطعاً وقال في المبسوط ما يتلف في يد الصبي عَلَى ثلثة اضرب (الاول) ما يدفع اليه باختياره ويسلطه عَلَى هلاكه واتلافه كما اذا باعه او اقرضه او وهبه فلا ضمان هنا عَلَى الصبي (الثاني) ما لم يسلطه عليه ولم يختر هلاكه كما اذا اتلف الصبي مال رجل عدواناً (الثالث) ما اذا دفعه اليه باختياره ولم يسلطه عَلَى اتلافه وهو ما اذا اودعه اياه الى آخر ما ذكره وقد يكون مستند الخبر المشهور عَلَى اليد ما اخذت بتوجيه يلائم ذلك لان الخبر ذو وجوه أو الخبر الذي رواه المحمدون عن السكوني قال رسول الله (ص) من اخرج ميزاباً او كنيفاً او اوتد وتداً او اوثق دابة او حفر بئراً في طريق المسلمين فاصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن لانه يرجع بالآخرة الى من عطب شيئاً فهو له ضامن (الا) ان نقول انه يفهم من سوق الخبر انه في المكلف وانه مقيد بكونه في الطريق (وقد) يجاب عن هذا الاخير بانه لا قائل بالفصل وقد تقدم تمام

ولو استودع العبد فاتلف فالاقرب انه يتبع بها بعد العتق ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها وكذا لو اكره عَلَى قبضها ولا يضمنها لو تلفت « متن »

الكلام في باب الحجر وكذا البيع هذا وفي التحرير انه لو اودع المجنون لم يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيبا وفي الحواشي ان المجنون كالصبي خلافاً للتحرير (قلت) ولم يتعرض في المبسوط لذكر المجنون اصلاً وقد ذكرناهما في بقية الكتب المذكورة معه آنفاً (قوله) ﴿ولو استودع العبد فاتلف فالاقرب انه يتبع به بعد العتق ﴾ اي سواء اذن المولى في قبوله الوديعة ام لا كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وهو الذي قواه في المبسوط في آخر كلامه ولا تصغى الى ما نقل عنه خلافه لانه لا يلزم سيده ما اتلفه ولا مال له فيجب ان يتبع به اذا صار مالكاً وذلك انما يكون بعد العتق وفي التحرير ان الضمان يتعلق بكسبه اذا اذن المولى في قبوله الوديعة لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه ومن جملتها الضمان عند الاتلاف (وفيه) ان الاذن في قبول الوديعة لا يستلزم الاذن في اتلافها ولا يستلزم ضمانها عند اتلافها والاصل وعموم ولا تزر وازرة وزر أخرى دالان عَلَى ذلك نعم اذا اذن السيد له في الاتلاف تعلق الضمان به اذ لا ذمة للعبد هذا حكم ما اذا اتلف واما اذا قصر في الحفظ فتلفت فان كان قد قبل بدون اذن المولى فلا شيء للمالك كما في جامع المقاصد لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه وتضييع المال من المالك فتأمل وفي التذكرة والتحرير انه يتعلق بذمته يتبع به وان كان قبل باذنه ففي التحرير انه يتعلق بكسبه وفي التذكرة وجامع المقاصد انه يتعلق بذمته وهو جيد وان كان تفريط العبد من المولى ولو بمنعه من الحفظ فالضمان عَلَى المولى كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها ﴾ كما في الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد ومجمع البرهان وكذا اللمعة والروضة والقبول في العبارة وما ذكر معها اعم من كونه قولياً او فعلياً ويرشد اليه قولهم طرح الوديعة فان في تسميتها وديعة قرينة عَلَى ان المراد بالطرح الايداع وقد عرفت ان الايجاب يحصل بالاشارة والتلويح ثم ان القبول يقتضي سبق ايجاب فيؤذن بانه استفاد من الطرح الايجاب عَلَى انه لا ريب ان الظاهر من القبول هو القبول القولي ثم ان دعوى ان ليس المراد من طرحها لديه حفظها عنده لا تكاد تسمع بل تكون حينئذ امانة شرعية كما ستسمع فلم يتجه ما في المسالك من ان المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة لان القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً ولم يحصل هنا بمجرد الطرح واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعة ام لا نظراً الى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لا انها تصير وديعة شرعية انتهى ونحوه ما في الروضة (وفيه) ايضاً انها اذا لم تكن وديعة تكون امانة شرعية يجب ردها في الحال عَلَى مختاره اذ وضع اليد عَلَى مال الغير عَلَى وجه شرعي بدون اذن المالك هو الامانة الشرعية ومما ذكر يظهر لك الحال في الوجوه الاربعة التي ذكرها في المسالك في طرح الوديعة عنده اذ من الوجوه الاربعة ان يضعها عنده ولم يحصل منه ما يدل عَلَى الاستنابة اشارة ولا تلويحاً فيقبلها فعلاً فقد قال انه يضمنها ويجب عليه حفظها الى ان يردها للخبر فانها في هذه الصورة امانة شرعية ولا ضمان ووجوب الحفظ مع الضمان كأنه متدافع ثم ان هذا هو الذي قلنا آنفاً انه لا يكاد يسمع ﴿قوله وكذا لو اكره عَلَى قبضها ولا يضمنها لو اهمل ﴾ اي لا يلزمه الحفظ ووجه الحكمين ظاهر وبه صرح جماعة وقالوا الا ان يضع يده عليها اختياراً بعد زوال الاكراه فانه يجب عليه الحفظ بسبب اثبات اليد وهل تصير بذلك امانة شرعية او وديعة احتمالان ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيار ابنية الاستيداع وعدمه فيضمن عَلَى الثاني دون الاول اعطاء لكل واحد حكمه كما ذكر ذلك كله في المسالك والكفاية والرياض « وفيه نظر » ظاهر لانه حيث يضع يده عليها اختيار ابنية الاستيداع لا مجال لاحتمال كونها امانة شرعية لكونها باذن المالك مضافاً الى ان القبول الفعلي ان كان يتم به العقد كما اختاره هؤلاء كان كالاكراه في البيع اذا تعقبه الرضا فتكون وديعة والا كان من معاطاة الوديعة كما هو المختار وكذلك ان وضع يده لا بنية الاستيداع لا تكون امانة شرعية

وان اهمل امالو استودع مختارا فانه يجب عليه الحفظ وتبطل بموت كل واحد منهما و بجنونه واغمائه و بعزله نفسه واذا انفسخت بقيت امانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح الى داره ويجب عليه اعلام صاحبه به فان اخر متمكنا ضمن « متن »

لمكان اذن المالك ولقد اغرب صاحب الرياض وكذا صاحب المفاتيح قال في الرياض لو وضع يده عليها مختاراً ضمن جدا لعموم الخبر وهل تصير بذلك وديعة ام امانة شرعية الى اخره لانهُ بعد حكمه بالضمان كيف يصح له ان يحتمل انها وديعة او امانة شرعية (قوله) ﴿ امالو استودع مختاراً فانهُ يجب عليه الحفظ ﴾ كما صرحت به عباراتهم وفي مجمع البرهان الظاهر انهُ لا خلاف فيه (قلت) والعقل يحكم به لان ترك الحفظ اضاعة المال من استأمنهُ عَلَى حفظه وعول في ذلك عليه واستراح اليه وهو قبيح مع ان اضاعة المال مطلقاً قبيحة وايضاً فانهُ وفاء بمقتضى العقد الجائز واتيان بالشرط وقضية اطلاق الفتاوى قاطبة انه متى قبل وجب عليه الحفظ سواء وجب عليه القبول عيناً او كفاية او استحب لهُ او حرم عليه كما اذا حرم عليه القبول لكونه لا يثق من نفسه وقد قيل فوجوب الحفظ حينئذ ظاهر واما ان كان خوفه عَلَى نفسهُ او غيره فانه يجب عليه ردها ولو ابقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمنها كالامانة الشرعية والغاصب كما اذا عرض الخوف بعد قبولها و بقائها عنده (نعم) قد يتأمل في العاجز و بذلك يظهر ما في المسالك والمراد انه يجب عليه الحفظ مادام مستودعاً لان ذلك مقتضى التعليق عَلَى الوصف والا فان الوديعة يجوز ردها في كل وقت وذلك ينافي وجوب الحفظ (قولك) غاية ما يفرض ان يفسخ فيها في الحال ومع ذلك يجب عليه حفظها الى ان يردها الى مالكها فقد صدق وجوب الحفظ عَلَى كل حال في الجملة (جوابهُ) انه قد لا يتحقق وجوب الحفظ فيها كما اذا كان المستودع مصاحباً له مقيماً معه بحيث لا يتوقف الرد عَلَى زمان او نقول ان الواجب احد الامرين اما الحفظ او الرد عَلَى المالك فالحفظ واجب مخير يصح اطلاق الوجوب عليه بقول مطلق وقد تقدم الكلام في انه هل يستحق عليه اجرة ام لا (قولهُ) ﴿ وتبطل بموت كل واحد و بجنونه واغمائه و بعزله نفسه ﴾ كما هو الشأن في العقود الجائزة والامر فيه واضح ولذلك تركه الاكثر فتبطل بالاربعة المذكورة فاذا اتفق احد الثلثة في المودع وجب ردها الى وارثه او وليه او الاعلام عَلَى اختلاف الرأيين كما تقدم ومع عدم العلم بانحصار الارث في الوارث الظاهر فظاهر كلام بعضهم وصريح المسالك عدم وجوب الرد بل عدم الجواز والظاهر وجوبه او جوازه اذ الاصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود ولا يعارضه اصل عدم استحقاقه للكل لانحلاله الى اصل وجود بخلاف الاول فانه عدم محض والظاهر عدم وجود المانع فكان الاصل الاول معتضدا بالظاهر وان شئت قلت المقتضي موجود والظاهر عدم وجود المانع نعم لا يجوز مع الشك في كونه الوارث فتأمل ذلك لتعرف حال ما في المسالك وان اتفق احد الاربعة في المستودع وجب عليه ردها اليه في صورة الفسخ او اعلامه بذلك وعَلَى وليه في صورة الجنون والاغماء وعَلَى وارثه في صورة الموت او الاعلام و بقي هنا شيء وهي كما انها تبطل بهذه الاشياء تبطل باسباب الضمان جميعها الستة او السبعة قطعاً كما صرحوا به جميعاً فينبغي ملاحظة التوجيه (قولهُ) ﴿ واذا انفسخت بقيت امانة شرعية في يده فلا يقبل قولهُ في الرد كالثوب يطيره الريح الى داره و يجب عليه اعلام صاحبه به فان اخر متمكناً ضمن ﴾ قد تقدم الكلام في اول الباب في ان الواجب في الامانة الشرعية هو الرد والدفع او الاعلام (واما) كونه فوراً فلانهُ دخل تحت يده بغير اذن المالك فيقتصر في الحكم بنفي الضمان والاثم عَلَى مقدار الضرورة وحكى الشهيد عن الفخر انهُ لا يضمن اذا اخر متمكناً الا مع التصرف (واما) انهُ لا يضمن اذا لم يتمكن من الاعلام فوراً فلانهُ غير غاصب وقد دخل تحت يده بغير سعيه او بطريق احسان فامتنع كونه ضامناً وسيستشكل المصنف في وجوب الاعلام في فصل الاحكام

(الفصل الثاني) في موجبات الضمان و ينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير واسبابه سته (الأول) الأنتفاع فلو لبس الثوب او ركب الدابة ضمن الا ان يركب لدفع الجموح عند السقي او يلبس لدفع الدود عند الحر «متن»

الفصل الثاني

« في موجبات الضمان »

(قولهُ)— ﴿ و ينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير ﴾— الوديعة تستتبع امرين الضمان عند التلف والرد عند البقاء لكن الضمان لا يجب عَلَى الاطلاق بل انما يجب عند وجود احد اسبابهِ و ينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالاجماع قال في التذكرة ان عدم الضمان حينئذ منقول عن امير المؤمنين عليهِ السلام وعن ابي بكر وعمر وابن مسعود وجابر ولم يظهر لهم مخالف فكان اجماعاً (قوله)— ﴿ و اسبابه ستة الاول الانتفاع فلو لبس الثوب او ركب الدابة ضمن الا ان يركب لدفع الجموح عند السقي او يلبس لدفع الدود عند الحر ﴾— اذا استودعهُ دابة فركبها او ثوباً فلبسه او جارية فاستخدمها او كتاباً فنظر فيهِ او نسخ منه او خاتماً فوضعه في اصبعه للتزيين لا للحفظ فكل ذلك وما اشبهه خيانة توجب التضمين عند فقهاء الاسلام لا نعلم فيهِ خلافاً كما في التذكرة وقال هذا اذا انتفى السبب المبيح للاستعمال اما اذا وجد السبب المبيح للاستعمال لم يجب الضمان وذلك انه يلبس الثوب الصوف الذي يفسده الدود للحفظ فان مثل هذه الثياب يجب عَلَى المستودع نشرها وتعريضها للريح بل يجب لبسها اذا لم يندفع الا بان يلبسها و يعبق فيها رائحة الآدمي ولو لم يفعل ففسدت كان عليهِ الضمان سواء اذن المالك او سكت ولو احتاج حفظ الدابة المستودعة الى ان يركبها المستودع اما ليخرج بها الى السقي او الرعي وكانت لا تنقاد الا بالركوب فلا ضمان ولو كانت تنقاد بغير ركوب فركب ضمن الا مع عجزه عن سقيها او رعيها بدون ركوب فانه يجوز ولا يضمن (و ينبغي التنبيه) عَلَى شيءٍ آخر وهو ان قضية هذا الاجماع المحكي عن فقهاء الاسلام ان مخالفة المالك في مثل ذلك من حيث هي موجبة للضمان وسبب فيه كما هو قضية اجماعه الآخر قال في التذكرة اذا صارت الوديعة مضمونة عَلَى المستودع اما بنقل الوديعة واخراجها من الحرز او باستعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب او بغيرها من اسباب الضمان ثم انه ترك الخيانة ورد الوديعة الى مكانها وخلع الثوب لم يبرأ بذلك عنه علمائنا اجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعد امانته الى غير ذلك من المواضع الكثيرة من التذكرة وغيرها كما يأتي في مطاوي مباحث الباب وقال في التذكرة يجب عَلَى المستودع اعتماد ما امره المالك في كيفية الحفظ فاذا امره بالحفظ عَلَى وجه مخصوص فعدل عنه الى وجه آخر وتلفت الوديعة فان كان التلف بسبب الجهة المعدول اليها ضمن وكانت المخالفة تقصيراً ولو حصل التلف بسبب آخر فلا ضمان وهذا يدل عَلَى ان مجرد المخالفة ليست سبباً للضمان بل هي مع التلف بسببيتها وقد يستدل عليهِ كما في مجمع البرهان بالاصل والآية والاخبار الكثيرة الدالة عَلَى عدم الضمان بالكلية كما ستسمع خرج عنه ما تحقق فيهِ التلف بسبب المخالفة لدليله و بقي الباقي وبانه ما تلف بسبب المخالفة فلا معنى لتضمينهِ ومجرد مخالفته التي لا تجوز اذا لم تؤد الى التلف لا يحكم العقل بسببيتها للضمان وليس في النقل ما يدل عَلَى ذلك صريحاً ولكن ذلك لا يقاوم الاجماعين المتقدمين بل العلم بالاجماع يحصل للمتتبع كلام القوم في الباب والاصل في ذلك اطباقهم كما يأتي عَلَى بطلان الوديعة وانه صار غاصباً خائناً فكان موافقاً للقواعد و يجيءُ عَلَى القول بالمعاطاة عدم البطلان الا ان يقال ان اباحتها عَلَى نحو عقدها فتكون مخصوصة بعدم التعدي والتفريط وقد يمكن الجمع بين الكلام الاخير والاجماع الاول بانه في الاول وضع يده عَلَى الدابة والخاتم والثوب مثلاً بغير وجه شرعي حيث ركب ولبس فكان ضامناً حتى يتجدد له الاستيداع من المالك بخلاف الصورة الاخيرة فانه فيها انما

وكذا يضمن لواخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها وان كان الكيس ملكه واعادها اليه ولو نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لان سبب امانته مجرد النية وكذا لو جدد الامساك لنفسه «متن»

قصر في الحفظ لكنه ان تم لا يتم في الاجماع الثاني ولا في غيره من العبارات كقولهم ان اسباب الضمان ستة او سبعة ينظمها شيء واحد وهو التقصير في الحفظ مع عدم منها اي اسباب الضمان المخالفة وتعليلهم له بمخالفته المالك ونهيه له عن ذلك ولا يتجه حينئذ توجيهها اذا لم ير انه احوط واحرز (قوله) ✻ وكذا يضمن لو اخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها وان كان الكيس ملكه ثم اعادها اليه ✻ لانه صار بحكم الغاصب فيستصحب حكم الضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضي زواله وظاهر المبسوط الاجماع على ذلك قال واذا اخرجها من حرزها ثم ردها الى مكانها فانه عندنا يضمن بكل حال وقال في التذكرة اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع اما بنقل الوديعة او اخراجها من الحرز او استعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب وغيرها من اسباب الضمان ثم انه ترك الخيانة ورد الوديعة لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعد امانته انتهى (قوله) ✻ ولو نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن ✻ كما في المبسوط والشرايع والتحرير وجامع المقاصد وظاهر المبسوط الاجماع عليه حيث قال وان عزم على ان يتعدى فيها لا يضمن عندنا وقال قوم شذاذ انه يضمن بالنية انتهى لانه لم يترتب على قصده الخيانة قول ولا فعل وكذا لو نوى الاستعمال ولم يستعمل وفي التحرير ان فيه احتمالاً ضعيفاً وفي التذكرة في الضمان اشكال مما ذكر ومن انه تمسك بها بحكم نيته كالملتقط كما تسمع والمراد انه نوى الاخذ من الوديعة بعد اخذها بنية الحفظ ليفرق بينه و بين ما يأتي مما اذا نوى باخذها من اول الامر من المالك الانتفاع بها (و بقي شيء) وهو انه قال في غصب الكتاب ان المودع اذا جحد الوديعة وعزم على المنع فهو من وقت الجحود والمنع غاصب وهو يخالف ما هنا واجاب عنه الشهيد بالفرق بين قصد الخيانة للانتفاع و بين العزم على منع المالك منها فانه وضع (اثبت خ ل) يده حينئذ لنفسه فلا يكون نائباً عن المالك بل يكون اثباتاً بغير حق فيكون غاصباً وانت خبير بان قوله او عزم على المنع هو بمعنى (معنى خ ل) قوله ولو جدد الامساك لنفسه فلا تنافي بين فتاواه في البابين كما يأتي في باب الغصب (قوله) ✻ بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لان سبب امانته النية ✻ لان امانته انما تثبت بمجرد نية الاخذ للتعريف اذ لا استيمان من المالك ولا ممن يقوم مقامه واحداث نية الاخذ من قصد الخيانة و بضمانه صرح في المبسوط والتحرير والتذكرة وغيرها و يذكرونه في باب اللقطة مسلماً بخلاف الوديعة فان الاستيمان من المالك فلا يزول بدون مخالفته ولا يتحقق الا بفعل ما ينافي الحفظ وهو التصرف ولم يحصل ولم يحدث فعلاً من قصد الخيانة كما سمعت وليعلم ان الملتقط لا تعود امانته لو عاد الى نيتها عملاً بالاستصحاب لكن ذلك لا يخل بتعريفه ولا بتملكه بعد الحول لكنا نقول انه يجوز انتزاعها منه للحاكم بل لغيره وتعريفها ان لم يكن عرفها والبناء على تعريف ما عرف فتأمل جيداً (قوله) ✻ وكذا لو جدد الامساك لنفسه ✻ اي يضمن فيكون معطوفاً على قوله لو اخرج الدراهم ووقع قوله ولو نوى الاخذ موقع الاعتراض ومعنى تجديد الامساك لنفسه انه نوى عدم الرد (ووجه الضمان) انه اذا نوى ان لا يرد صار ممسكاً لنفسه فيكون متصرفاً تصرفاً منافياً للحفظ و يفرق بينه و بين ما اذا نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ انه حينئذ لا يصير ممسكاً لنفسه وفيه تأمل ولعل الاصل فيه الاجماع ان ثبت والا فمقتضى النظر ان لا يضمن فيهما او يضمن فيهما وقد يفصل فيما نحن فيه فيقال بعدم الضمان فيما اذا نوى ان لا يرد ولم يطالب المالك و بثبوته اذا طالب ولا يمكن ان يكون معطوفاً على قوله ولو نوى الاخذ حتى يكون المراد انه لا يضمن في

او نوى بالاخذ من المالك الانتفاع وكذا لو اخرج الدابة من حرزها للانتفاع وان لم ينتفع ولا تعود امانته لو ترك الخيانة فلو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان مالم يجدد الاستيمان «متن»

المسئلتين وانهما من واد واحد ويكون المراد ان ذلك اذا لم يطالب المالك لانه ينافيه ما عطف عليه (قوله) ﴿او نوى بالاخذ من المالك الانتفاع﴾ اي يضمن لو اخذ الوديعة من اول الامر من المالك على قصد الخيانة لانهُ ليس بامين لانهُ لم يقبض على سبيل الامانة ويفرق بينهُ وبين ما اذا نوى الاخذ ولم يأخذ لان احداث الاخذ هنا من قصد الخيانة (قوله) ﴿وكذا لو اخرج الدابة من حرزها للانتفاع وان لم ينتفع﴾ كما في المبسوط وغيره واجماع التذكرة المتقدم آنفاً يتناوله وقد يظهر ذلك من المبسوط حيث حكى عن قوم من العامة انهُ لا يضمن بنفس الاخراج وانما يضمن بالانتفاع والاستعمال وظاهره انهُ لا مخالف سواهم (قوله) ﴿ولا تعود امانتهُ لو ترك الخيانة﴾ كما صرح به جماعة وهو قضية كلام آخرين وقد يقال ان اجماع التذكرة يتناوله لانهُ ضمن بعدوان فوجب ان يبطل الاستيمان كما لو جحدها ثم اقر بها وهذا فيما اذا كانت بعقد اما اذا كانت معاطاة فان امانتهُ تعود الا ان نقول ان اباحتها على نحو عقدها كما تقدم (قوله) ﴿فلو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستيمان﴾ اجماعاً على الحكم بالضمان عند عدم تجدد الاستيمان كما في التذكرة كما سمعتهُ آنفاً وظاهر المبسوط والغنية واجماعاً فيها اي في التذكرة ايضاً على زواله اي الضمان وعوده اميناً اذا اعادها اليه ثم جدد لهُ الاستيمان ولم يحك الخلاف في الاول الا عن ابي حنيفة قال لانه مأمور بالحفظ في جميع الاوقات فاذا خالف في جهة منها ثم رجع وعاد الى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به اي كان ماسكاً بامر صاحبها وينقض عليه بما اذا جحدها ثم اقر بها وبما اذا رد السارق السرقة الى موضعها وبالحكم المذكور هنا صرح في المبسوط والخلاف وغيرهما فقد ظهر ان لا خلاف بين المسلمين في تحقق الاستيمان بان يدفعها الى المالك ثم يعيدها اليه امانة وقد سمعت دعوى الاجماع على ذلك بل لا شبهة فيه كما في المسالك ويتحقق ايضاً بان يجدده لهُ من غير ان يدفعها اليه بان يقول له اذنت لك في حفظها او اودعتك اياها او استأمنتك عليها ونحو ذلك كما في المبسوط والغنية والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الامانة ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول عنه الضمان ام لا وقد تقدم لنا في باب الرهن ان زوال الضمان في ايداع الغاصب مختار جماعة كثيرين بل استظهرنا انهُ ليس محل خلاف وفي الوسيلة فيما نحن فيه انهُ لا يزول الا بالرد وهو شاذ على الظاهر واستشكل في المسالك والكفاية لعدم المنافاة بين الوديعة والضمان مع عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وفيه) انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلاً في حفظها وقبضهُ لمصلحته فكان المال بمنزلة ما اذا كان في يد المالك فلا ضمان بخلاف الرهن ونحوه والخبر نقول بموجبه لان الاداء يتحقق باستنابه المالك اياه فتصير يده كيده ويتحقق الاستيمان ايضاً والبراءة من الضمان بان يبرئهُ من الضمان كأن يقول لهُ ابرئتك من ضمانها ونحو ذلك كما في التذكرة وجامع المقاصد وما يأتي في الكتاب في فصل الاحكام ولا ينافي ما هنا بهذا التقرير كما ستعرف ويبرأ من الضمان بذلك كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة وهما متلازمان لان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطهُ كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم ابرئهُ المالك من ضمان الحفر لكنهُ في ديات التحرير تأمل في هذا التنظير نعم قالوا لو رضي بالبئر بعد الحفر العدواني سقط الضمان والمصنف في رهن الكتاب وولده والشهيد وابن سعيد والكركي قالوا انهُ لو ابرء الغاصب عن ضمان الغصب لم يبرأ ولا تصير يده يد امانة لان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الآن لم تتلف فيكون الابراء مما لم يجب (واجيب) من قبل الشيخ في المبسوط والمحقق

ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد او بعض الثوب « متن »

في الشرايع والمصنف في التحرير بان الضمان المسبب عن التعدي معناه جعل ذمة الودعي متعلقة بالمالك على وجه يلزمهُ بدل المال لهُ على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدتهُ لا نفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني (ويدل) على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهُ يحكمون عليه به بمجرد العدوان فيقولون صار ضامناً ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته لهُ وهذا معنى يمكن زوالهُ بالبراءة واما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبراءة اذا تعلقت به فانما تكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان وقد يقال انه يتجه على قولهم في الرهن انتفاء الابراء والبراءة فيما اذا جدد له الاستيمان وهي في يده لانها ادون من التصريح بالابراء الا ان تقول المقتضي لزوال الضمان هناك كونه امانة وهو سبب آخر غير الابراء ولا يمتنع امكان احد السببين وامتناع الآخر ونحوه ابراء المالك المستعير للدراهم والمشروط عليه الضمان والقابض بالسوم والشراء الفاسد وتمام الكلام في باب الرهن (وليعلم) ان المصنف قال فيما يأتي في فصل الاحكام ولا يبرء المفرط بالرد الى الحرز بل الى المالك او بابرائه وقد قال في جامع المقاصد ان ظاهره يخالف ما هنا لانه قد يشك في ان الابراء من الضمان موجب لتجديد الاستيمان وبما ذكرناه من التلازم وحكيناه عن الجماعة تندفع المخالفة الظاهرية بل هو في المقام قوى تجدد الاستيمان بذلك كما حكيناه عنه نعم هناك مخالفة من جهة اخرى وهو ان مفهوم اللقب في عباراتهم حجة وقضية ماهناك الحصر في الامرين فتأمل ﴿ قوله ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي مجمع البرهان كأنه مما لا خلاف فيه وهو كذلك الا من مالك حيث يخلطها بالمساوي او الاجود فانه لا يضمن عنده ولا فرق عندنا بين ان يخلطها بمثلها او ارفع منها او ادون كما صرح به في المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها لاشتراك الجميع في العدوان الناشئ من التصرف الغير المشروع وتعيبها بالمزج المفضي للشركة التي هي عيب اذ لا اقل من ان تفضي الى المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه ولا فرق بين ان يمزجها بماله او مال غيره بل لو مزج احدى الوديعتين بالاخرى ضمنهما معاً وان كانا لواحد ومثله خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده للتعدي في الجميع ويمكن ان يكون الضمير في ماله عائداً للمودع والمستودع الا ان في عوده الى احدهما اخلالاً بالآخر ويحتاج الى تكلف في عوده اليهما لكن الظاهر عوده الى المستودع كما ذكرنا اولاً لأنهُ سيأتي خلطهُ بمال المودع (وفي) التذكرة ان المزج بغير الاختيار قاض بالضمان (وفيه) انهُ ليس تصرفاً غير مشروع ولا تقصير في الحفظ وسيجيءُ عدم الضمان في مثله الا ان يكون اراد انهُ سقط من يده بغير اختياره وقضية كلام جماعة لمكان التقييد بعدم التمييز كما هو صريح آخرين انه لو تميز المالان لا يضمن والحكم فيه كذلك ان لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فلا ضمان على تقدير الامتياز من حيث المزج (قوله) ﴿ ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد و بعض الثوب ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانهُ قد خان وتصرف في المجموع فيضمنه والمراد ان ذلك كان عمداً واما اذا وقع خطأ فانهُ يضمن التالف خاصة كما في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد فيضمن العاقلة ارش جناية قطع اليد و يضمن هو ارش قطع الثوب لان الباقي مملوك للمودع ولم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ اذ لا تلاف خطأ انما يكون بظنه ثوبه او بصدوره عن غير قصد ونحو ذلك وثبوت الضمان

ولو كان منفصلا او المودع مخطأ ضمنه خاصة كما لو اخرج بعض الدراهم فان اعادها بعينها ومزجها فكذلك ولو اعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم « متن »

عليه في التالف ليس لخيانته بل لجنايته لان الاتلاف موجب للضمان عمداً وخطأ نعم لو سرت الجنايه على العبد ضمن هو بل العاقلة وان كان مخطئاً لثبوت الاتلاف بفعله وجمع بين مثالي العبد والثوب لينبه على عدم الفرق بين ما يكون لمقطوعه قيمة بعد القطع وما لا قيمة له كذلك وهذا منا بناء على ان الجناية على العبد خطأ كالجناية على الحر (قوله) ﴿ ولو كان منفصلا او المودع مخطئاً ضمنه خاصة كما لو اخرج بعض الدراهم ﴾ اما ضمانه المنفصل خاصة اذا اتلفه فقد صرح به في المبسوط وغيره في عنوان آخر وفي هذا العنوان في التحرير والوجه فيه ظاهر سواء كان الاتلاف عمداً او خطأ لان التصرف مع العدوان او بدونه انما وقع فيه فلا يتعدى وان كان الايداع دفعة واحدة ويزيد الخطأ انه لم يتعد ولم يخن (وقد) يتأمل فيما اذا دفع له مائة دينار دفعة فان العرف قد يحكم بانها وديعة واحدة كالمتصل فكانت الصور اربعاً لان الاتلاف اما عمداً او خطأ وعلى التقديرين اما لبعض متصل او لبعض منفصل وقوله خاصة يتعلق بصور ثلث وهو ما اذا كان البعض المتلف منفصلاً عمداً او خطأ او متصلاً خطأ ولعل ما كان مثل الدبس والدهن من المثلي يلحق بالمتصل والمصنف مثل بالقيميين (قوله) ﴿ فان اعادها بعينها ومزجها فكذلك ﴾ اي يضمن ذلك البعض خاصة كما لو كان منفصلاً فان كان المعاد متميزاً فلا خلاف في انه لا يضمن البقية كما في المبسوط ومراده نفي الخلاف بين المسلمين وكذلك ان كان غير متميز على الاصح كما في المبسوط ايضاً والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد لانه وان خلط مضموناً بغير مضمون فهو مأذون فيه لان رب المال رضي بان يكون ذلك مع الباقي ويحتمل انهُ يضمن الباقي لانه بخلطه قد تصرف وهو احد وجهي الشافعية لكن ظاهر التذكرة كما فهمه منها في مجمع البرهان انه لا خلاف عندنا في عدم ضمان الباقي الغير المتصرف فيه ولعلهم استندوا فيه الى العرف وتظهر الثمرة فيما اذا كان الكل عشرة واخذ واحداً ورده وتلفت اي العشرة فانه لم يلزمه الا درهم واحد عندنا وقال في التذكرة ولو تلف منها خمسة لم يلزمه الا نصف واحد وقد يقال الاصل عدم تلف المضمون معتضداً باصالة البرائة فلا يعارضه اصل عدم تلف غيره ثم انه من المعلوم ان المضمون اما ان يكون تلف كله او بقي بتمامه فالتنصيف في محل التأمل الا ان يقال ان تصادم الاصول كتصادم الدعاوى (قوله) ﴿ ولو اعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع ﴾ اذا كان المثل المردود غير متميز كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه خلط مال غيره بغير اذن مالكه كما لو كان مقارضاً فخلط مال القراض بمال من غيره فانه يضمن مال القراض كله والفرق بين اعادته بعينه واعادة مثله انه قد حصل في الثاني عيب الشركة لان المثل وان وجب على المستودع الا انه لا يملكه المودع الا ان يقبضه هو او وكيله فهو باق على ملك المستودع فتحقق الشركة بخلطه وفي الاول انما خلط مال المالك بماله فلا يضمن سوى ما تصرف فيه واما اذا كان المثل المردود مميزاً فانه انما يضمنه خاصة ولا يضمن الباقي كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير (قوله) ﴿ وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتحرير والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لان فض الختم تصرف غير مأذون فيه لا من المالك ولا من الشارع ولما فيه من الهتك ومثله الصندوق المقفل وكذا ما اشبه الختم مما يدل على قصد المالك الاخفاء به كالربط والشد لا ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار كما في الخيط والربط الذي يقصد به شد رأس كيس الثياب والرزمة منها كما في التذكرة والمسالك قال في التذكرة لو حل الخيط الذي شد به رأس الكيس لم يضمن وان فعل ذلك للاخذ (قلت) والفارق بين الامرين القرائن وهو يخالف اطلاق الكتاب فيما يأتي وصريح جامع المقاصد حيث قال ان الفرق بين ما يقصد به المنع من الانتشار

سواء اخذ منه شيئاً او لا بخلاف مالو ختمه هو ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وان اتحد المالك ولو مزج باذن احدها ضمن الأخرى ولو مزج غيره ضمنهما المازج والشد كالختم ان كان من المالك ضمن اذا حله بنفس الحل وان لم يتصرف والاضمن بالاخذ « متن »

وما يقصد به الكتمان غير ظاهر قال والمعتمد الضمان لمكان التصرف والهتك انتهى وقد عرفت ان الفارق بين الموضوعين والحكمين القرائن فحيث يكون الشد للانتشار لا هتك ولا تصرف وفي حكم الختم والقفل الدفن كما في التذكرة ايضاً ولا فرق في فتح الختم والقفل بين ان يأخذ شيئاً من الكيس ام لا كما صرح به في اكثر ما ذكر من الكتب المتقدمة وهو قضية اطلاق ما بقي ولا في الختم بين ان يكون مشتملاً على علامة للمالك ام لا وقال في مجمع البرهان لا ضمان في شيء من ذلك للاصل وعدم التصرف والتقصير في الحفظ ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ولا بد له من دليل انتهى فتامل ونبه بقوله الكيس المختوم على ان المراد ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن كما صرح به بعد ذلك اذ لا هتك في ذلك ولا نقصان عما فعله المالك هذا اذا لم يكن الختم بامر المالك بعد الاستيداع او لم يكن من المستودع قبل الاستيداع مطلقاً فانه يمكن الحاقه بختم المالك كما في حواشي الكتاب وحيث يضمن يكون ضامناً للمظروف كما هو صريح كلامهم وفي ضمانه للظرف وجهان واستقرب في التذكرة العدم لانه لم يقصد الخيانة في الظرف (وفيه) ان قصد الخيانة لا دخل له في الضمان والمدار على التصرف المنهي عنه فكل تصرف لغير الحفظ غير معتاد منهي عنه قاض بالضمان كما افصح به اجماع التذكرة الذي سمعته فيما تقدم وهو قضية الاصل و ينبغي ان يكون هو الاصل في الباب فيضمن حتى في الكيس الذي ختمه هو وفتحه لا للحفظ الا ان يقال ان ذلك مما يعتاده الودعيون كنقلها من مكان الى آخر كما يأتي في ضابط الحفظ وقد استشكل فيها فيما اذا عد الدراهم الغير المختومة او وزنها او ذرع الثوب من انه تصرف في الوديعة ومن انه لم قصد الخيانة انتهى فتأمل وفي المبسوط والتذكرة والتحرير لو خرق الكيس فان كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم وان كان فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق فتامل فيه ايضاً (قوله) ﴿ سواء اخذ منه شيئاً او لا بخلاف ما لو ختمه هو ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله (قوله) ﴿ ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وان اتحد المالك ﴾ كما في التذكرة ولم يقيد في المبسوط والشرايع والتحرير والارشاد ومجمع البرهان المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز احد المالين عن الاخر ارادة لتعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المالين بغير اذن المالك حيث اقتضى اخراج احدهما من كيسه وصبه على الاخر وهو الموافق لما اصلناه وقالوا في توجيهه وقد يتعلق غرض المالك الواحد بعدم المزج ولا حاجة اليه بعد الاصل وقد يقال انه انما يضمن المخرج من كيسه واما الاخر فان كان مختوماً ضمنه والا فلا مع بقاء التمييز لانه لم يحدث فيه تصرفاً ممنوعاً منه فيتجه ما في الكتاب فليتامل ولا تغفل عما تقدم وقد يكون عدم التقييد في المبسوط وما ذكر معه لكون المزج في الغالب يراد منه عدم التمييز او لأنهم استسلفوا ذلك فتلتئم الكلمة لكن ظاهر جامع المقاصد او صريحه الضمان مطلقاً ولا فرق بين كون الكيسين معاً وديعة او احدهما امانة غير وديعة او غصباً وهذا كله اذا كان الكيسان للمودع اما اذا تعدد المالك فلا بحث كما في جامع المقاصد لمكان عيب الشركة اما لو كان الكيسان اي الظرفان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز لانه له نقل الوديعة من محل الى غيره وله تفريغ ملكه ولا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه اولاً كما هو المعتاد الشايع في الودائع الا ان يعينه المالك بخصوصه لحفظه او ينهاه عن نقله كما يأتي (قوله) ﴿ ولو مزج باذن احدهما ضمن الاخرى ﴾ الوجه فيه واضح ولا يكون الا فيما اذا تعدد المالك (قوله) ﴿ ولو مزج غيره ضمن المازج ﴾ دون المستودع ولا تزر وازرة وزر اخرى (قوله) ﴿ والشد كالختم ان كان

ولو اذن له المالك في اخذ البعض ولم ياذن في رد البدل فرده ومزجه ضمن الجميع (الثاني) الايداع فلو اودعها عند زوجته او ولده او عبده او اجنبي وان كان ثقة من غير ضرورة ولا اذن ضمن وكذا لو سافر بها مختارا مع امن الطريق اما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الاقامة فانه لا يضمن « متن »

من المالك ضمن اذا حله بنفس الحل وان لم يتصرف والا ضمن بالاخذ ﴾ اي وان لم يكن من المالك ضمن بالاخذ لا بنفس الحل وقد تقدم الكلام في ذلك كله آنفاً (قوله) ﴿ ولو اذن له المالك في اخذ البعض ولم ياذن في رد البدل فرده ومزجه ضمن الجميع اي حيث لا ماثر لانه تصرف في الوديعة تصرفاً غير مشروع وعيبها بالمزج فان الشركة عيب ويجيء احتمال الضمان مع الماثر كما تقدم بيانه (قوله) ﴿ الثاني الايداع فلو اودعها عند زوجته او ولده او عبده او اجنبي وان كان ثقة من غير ضرورة ولا اذن ضمن ﴾ قال في التذكرة فان اودعها (اودع خ ل) من غير عذر ضمن اجماعاً لان المالك لم يرض بيد غيره وامانته ولا فرق بين ان يكون ذلك الغير عبده او زوجته او ولده او اجنبياً عند علمائنا اجمع وقال في المسالك لا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها عندنا بل يضمن مع عدم احرازها عنها وان لم يسلمها اليها اجماعاً وفي موضع آخر من المسالك انه موضع وفاق وقد صرح بالحكم المذكور في المبسوط وغيره وهو قضية اطلاق الغنية والسرائر وقد نبهوا بذلك عَلَى خلاف بعض العامة عَلَى تفاصيل لهم في المقام ولعل ذلك مخصوص عندنا بمن يتولى ذلك بنفسه فالعالم والسلطان ومن ليس من شأنه الحفظ بنفسه يجوز له الحفظ بامنائه وغلمانه والعادة جارية بتسليم الغنم الى الراعي او المراد اذا لم تدل قرينة عَلَى الرخصة في وضعها عند غيره كما يرشد اليه تعليلهم بان المالك لم يرض فلو فهم رضاه باي شيء كان جاز وفي المبسوط ان قال لزوجته او جاريته اجعليها في الصندوق او ادخليها البيت وهو يرى ما تفعل و يشاهد فلا يضمن انتهى ويأتي الكلام ان شاء الله تعالى فيما اذا كان الايداع من ضرورة كما يأتي الضابط في حفظ الوديعة وعليه تنزل هذه العبارات وغيرها (قوله) ﴿ وكذا لو سافر بها مختاراً مع امن الطريق اما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الاقامة فانه لا يضمن ﴾ من جملة اسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا اذن من المالك سواء كان الطريق امناً او مخوفاً كما صرحت بذلك كتبهم كالمبسوط وغيره بل لا اجد فيه خلافاً قال في التذكرة لا يجوز للمستودع اذا عزم عَلَى السفر ان يسافر بالوديعة بل يجب عليه دفعها الى صاحبها او وكيله الخاص في الاسترداد او العام في الجميع (١) فان لم يجد (يوجد خ ل) دفعها الى الحاكم فان تعذر الحاكم دفعها الى امين ولا يسافر بها فان سافر بها مع القدرة عَلَى صاحبها او وكيله او الحاكم او الامين ضمن عند علمائنا اجمع سواء كان السفر مخوفاً او غير مخوف انتهى وقال في المبسوط اذا اراد ان يسافر ردها عَلَى المودع او وكيله فلا ضمان عليه فان لم يتمكن منهما وردها عَلَى الحاكم فلا ضمان عليه وان لم يتمكن منهُ وردها عَلَى ثقة فلا ضمان ايضاً كل هذا لا خلاف فيهُ لان السفر مباح فلو قلنا ليس له ردها لمنعناه من المباح الذي هو السفر انتهى وقضيته انه يضمن ان سافر بها وقال في التذكرة لو عزم المستودع عَلَى السفر كان له ذلك ولا يلزمه المقام لحفظ الوديعة لانه متبرع بامساكها و يلزمه ردها الى صاحبها او وكيله الى آخر ما قال عَلَى نحو ما في المبسوط (و يبقى الكلام) فيما اذا اراد السفر مختاراً من غير ضرورة في وقت السلامة وامن البلد وتعذر عليه صاحبها والوكيل والحاكم والثقة ففي ظاهر التذكرة انه يجوز له السفر بها و يضمن حيث صرح بانه مخير بين تأخير السفر والتزام خطر الضمان ونحوه ما في التحرير قال ولو اراد السفر ردها الى المالك او وكيله فان فقدهما فعلى الحاكم فان تعذر فالى ثقة فان تعذر جاز له السفر بها واستحسنه في الكفاية وقد يفهم ذلك مما في الشرايع والارشاد من قولهما لا يجوز السفر

---

(١) اى وكيله في جميع اموره من الاسترداد وغيره (منهُ)

بها مع ظهور امارات الخوف اذ قضيته انه يجوز مع عدم ظهور الامارات لكن هذا يمكن تنزيله عَلَى وجه آخر ستسمعه انشاء الله تعالى وفي جامع المقاصد والمسالك انه لا يجوز له السفر بها ولا تركها في يد غير ثقة لان الاذن مع الاطلاق انما تناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة ولان السفر لا يخلو من خطر كما ورد في الخبر عنه صلى الله عليه وآله وسلم ان المسافر وماله لعلى تلف الا ما وقى الله تعالى وعَلَى ما ياتي من الضابط يجوز له السفر ولا ضمان وفاقا لظاهر التحرير (واما) اذا اضطر الى السفر للخوف عَلَى الوديعة او لحاجته وضرورته فانه يجوز ان يسافر بها حينئذ ولا يضمن مع تعذر ايصالها الى من ذكر كما نص عليه جماعة قال في المبسوط اذا كان التلف مخوفاً ففزع من النهب والحريق فله ان يسافر بها ولا ضمان عليه بلا خلاف بل في التذكرة لو اضطر الى السفر بالوديعة بان يضطر الى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ولم يجد المالك ولا وكيله او اتفق جلاء لاهل البلد او وقع حريقة او غارة او نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها ولا ضمان اجماعاً لان حفظها حينئذ في السفر بها والحفظ واجب فاذا لا يتم الا بالسفر بها كان السفر واجباً ولا نعلم فيه خلافاً انتهى وعليه ينزل ما في الشرائع والارشاد من قولهما يجوز السفر بالوديعة اذا خاف تلفها مع الاقامة ثم لا يضمن بان يكونا ارادا بالجواز معناه الاعم فلا ينافي الوجوب اذ لا يجوز تركها مع الخوف عليها وهو عَلَى اطلاقه مشكل اذ قد يكون عليه في انشائه السفر ضرر ومؤنة كثيرة اضعاف الوديعة وستسمع كلام فخر الاسلام وقد قالا في الشرايع والارشاد بعد هذه العبارة بلا فاصلة ولو ظهرت امارات الخوف لم يجز السفر كما تقدم نقله عنهما آنفاً فيكون المراد انه اذا خاف عَلَى الوديعة التلف مع الاقامة جاز له السفر بل وجب الا ان يكون في السفر خوف عليها ايضاً قد ظهرت عليها اماراته فلا يجوز وقضيته انه اذا اشترك السفر والحضر في الخوف تساويا فيه او تفاوتا لا يجوز السفر بها واما الاظهر الاحوط مراعاة اقل الخوفين وهذا هو الوجه الذي اشرنا اليه آنفاً وقال فخر الاسلام لا يجب السفر عليه لاجلها وان خاف تلفها بدونه بل ان اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجباً وانما يجب مصاحبتها لو اختاره فيصح اطلاق جواز السفر عليه وهذا ايضاً عَلَى اطلاقه مشكل وقد سمعت ما في التذكرة (والمراد) بالسفر السفر العرفي لا الشرعي والا لم يجب عليهُ الرد الا بالخروج الى مسافة وهو مشكل لانهُ متى خرج من بلد الوديعة عَلَى وجه لا تعد في يده عرفاً يجب ان يكون ضامناً لانهُ اخرج الوديعة من يده فقصر في حفظها كما نبه عليه جماعة وعَلَى هذا فيجوز استصحابها في ترددانه في حوائجه الى حدود البلد وما قاربهُ من القرى التي لا يعد الانتقال اليها سفراً مع امن الطريق فلا يجوز ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها عَلَى المالك (والمعتبر) في تعذر الوصول الى احد الاربعة المذكورة سابقا المشقة الكثيرة وهي المعبر عنها بالتعذر عرفاً لا معناه لغة لما في الزامه بتحمل ما يزيد عَلَى ذلك من الحرج والضرر المنفيين كما نبه عَلَى ذلك كله جماعة ايضاً وبعد ذلك كله (نقول) ان ذلك خلاف ما استمرت عليه سيرة السلف والخلف من العلماء والصلحاء وان ذلك يقضي بان تكون الحال في الوديعة اصعب شيء وليس في الاخبار والاثار ما يمنع من السفر للودعي الا بان يسلمها للمالك او الحاكم او الثقة وليس فيها ايضاً ما يمنع من السفر بالوديعة وحينئذ فلا يجب علينا ايضاً تحقيق السفر وانما هو للفقهاء بل الضابط في الوديعة ان المدار فيها عَلَى وجوب الحفظ عَلَى ما يقضي به العرف والعادة من حفظ مثل هذه الوديعة من مثل هذا الشخص من جهة احواله ونظره واجتهاده وذلك يختلف باختلاف الوديعة والودعي من المباشرة بنفسه او زوجته والسفر والاقامة والخروج الى القرى القريبة والبساتين الا انه لما كان الغالب في السفر حصول الخوف والخطر تعرضوا لذلك والا فقد يكون السفر احرز من الحضر وغير الودعي احفظ لما منه كأن يكون مهابا تخافه السراق الى غير ذلك مما نبه عليه مولانا المقدس الاردبيلي وهذا الذي يستفاد من عدة مواضع من كلامهم كما يأتي بلطف الله تعالى وتوفيقه ثم عد الى عبارة الكتاب فلو قال وان كان مع امن الطريق لكان اولى لانه يشمل حكم الخوف ولعله تركه

وكذا لو اودعه حالة السفر واذا اراد السفر ردها عَلَى المالك فان تعذر فعلى الحاكم فان تعذر اودعها من الثقة ولا ضمان وكذا لو تعذر ردها عَلَى مالكها فانه يعيدها الى الحاكم فان تعذر فالثقة مع الحاجة فاذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن والأقرب وجوب القبض عَلَى الحاكم « متن »

لوضوحه (قوله) ﴿ وكذا لو اودعه حالة السفر ﴾ اي لا يضمن لو اودعه حالة السفر او كان المستودع منتجعاً فانه يجوز السفر بها حينئذ من غير ضمان لقدوم المالك عَلَى ذلك حيث اودعه ماله عَلَى تلك الحالة وليس عَلَى المستودع ترك السفر لاجلها وكان هذا في معنى الاذن بالسفر بها بدلالة القرائن الحالية وبالحكم المذكور صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان وكأن دليلهم لا يدل الا عَلَى السفر الذي سلمه المالك فيه فتأمل وقال في القاموس المنتجع المنزل لطلب الكلاء (قوله) ﴿ واذا اراد السفر ردها عَلَى المالك فان تعذر فعلى الحاكم فان تعذر اودعها من الثقة ولا ضمان ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك (قوله) ﴿ وكذا لو تعذر ردها عَلَى المالك فانه يعيدها الى الحاكم فان تعذر فالثقة مع الحاجة ﴾ يريد انه اذا اراد ردها عَلَى مالكها من دون ارادة السفر وتعذر المالك ردها عَلَى الحاكم ومع تعذره فالثقة لكن انما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية الى ذلك اي الرد عَلَى الحاكم او الثقة وبدونها يضمن كما في المبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد وتعليقه وجامع المقاصد والمسالك بل في الاخير هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه خلافاً بينهم ووافقهم جماعة من العامة وحكي عن بعض العامة انه اجاز دفعها الى الحاكم مطلقاً عند تعذر المالك ونفى عنه البعد في المسالك (والوجه) فيما ذكره الاصحاب واضح لكنه يلزمه لزوم الوديعة في هذه المدة والجواب ممكن والامر هين اما الدفع الى الحاكم فلانه له ولاية عَلَى الغائب عَلَى هذا الوجه واما الثقة فلمكان الحاجة وكأن دليله الاجماع كما في مجمع البرهان واما الضمان عند عدم الحاجة فلأن المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة فليحفظها حتى يجد المالك او يتجدد له عذر ويبقى الكلام فيما اذا ارادوا بالحاجة قال في جامع المقاصد لم اجد لها تعييناً في كلامهم وفي التذكرة قال ـــ اذا تبرم المستودع بالوديعة فسلمها الى القاضي ضمن الا مع الحاجة ولقائل ان يقول ان دوام وجوب المحافظة عَلَى الوديعة ومراعاتها من الامور الشديدة المشقة ودفع هذه المشقة امر مطلوب وهو من اكد الحاجات فليسوغ معه التسليم الى الحاكم لكن هذا انما يكون مع طول الزمان ونحو ذلك انتهى (قلت) قد فسرت الحاجة في المبسوط والتحرير والتذكرة والمسالك بالحرق والنهب وغير ذلك وفسر في المسالك غير ذلك بالضرورات ثم ان الحاجة كغيرها من الامور التي لا تعيين لها في الشرع فيرجع فيها الى العرف فلو كانت هناك حاجة لا ترتكب عرفاً للوديعة جاز دفعها للحاكم ومنها السفر للتفقه والنفقة وقضاء الدين والسفر الواجب باصل الشرع وبالنذر الى غير ذلك مما يعد عرفاً انه حاجة وضرورة بالنسبة الى الوديعة كما في مجمع البرهان (قوله) ﴿ واذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن ﴾ كما صرح به في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو صريح الشرايع والارشاد في بعض وقضية كلامهما في الباقي والمراد بالموضعين حالتا السفر والحضر لكنه في التحرير استشكل في الضمان مع المخالفة فيما اذا اراد السفر لكنه وصفه بالضعف ونسب في التذكرة الى علمائنا القول بالضمان ان دفع الى الامين وهو يجد الحاكم اذا اراد السفر بل قد يظهر منها الاجماع في بقية المخالفة وهذا في الحقيقة ايداع للغير وقد قال في التذكرة ان اودع من غير عذر ولا اذن ضمن اجماعاً كما تقدم وقد يقال ان قوله في الكتاب مع القدرة مستدرك لانه لا معنى له الا العدول عن المالك الى الحاكم بدون تعذر المالك وكذلك القول في العدول عن الحاكم الى الثقة (قوله) ﴿ والاقرب وجوب القبض عَلَى الحاكم ﴾ كما جزم به في التذكرة وفي الايضاح والمسالك انه اقوى وفي جامع المقاصد انه الأصح لأنه منصوب للمصالح ولولم

وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين او الغصب اليه ولو اراد السفر فدفنها ضمن الا ان يخاف المعاجلة « متن »

يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ولا ترجيح في التحرير وفي جامع المقاصد يحتمل ضعيفاً العدم تمسكاً باصل البرائة وستعرف ما فيه(والظاهر) انهم يريدون الوجوب العيني والا فالكفائي عَلَى كل احد لا خصوصية له بالحاكم وفي مجمع البرهان في كون الحاكم منصوباً لمثل هذه المصلحة منع ودفعه بالدليل غير ظاهر بل هو منصوب للحكم والقضاء وحفظ ما يتلف من مال الاطفال والغياب ايضاً اذا لم يوجد من يحفظهُ وهنا يمكنه الحفظ بعدم السفر الا ان يكون ضرورياً فبالايداع عند ثقة نعم لو تعذر تعين عليه كما لو لم يكن الا ثقة واحد فانه يجب عليه عندهم عيناً وان لم يكن حاكماً فلا فرق بين الحاكم وغيره(قلت)فيه انه ينافي اطباقهم عَلَى وجوب الدفع الى الحاكم عند تعذر المالك الا ان نقول انه يجب عليه الدفع ولا يجب عَلَى الحاكم القبول لكنه اذا كان وليّاً عن الغائب كما طفحت به عباراتهم كان القول بالوجوب عليه لا مناص عنهُ لا بمعنى انه لقبضه بنفسه ويكون هو ودعيا لان ذلك فيه من العسر والمشقة ما لا يخفى لان امثال ذلك كثير الوقوع كاللقطة والديون والغصوب واموال الاطفال والغياب فلو وجب عليه قبض ذلك بنفسه لم يكن له شغل غير ذلك فالظاهر ان المراد بوجوب قبضه وقبوله اعمّ من ان يكون بنفسه فيصير هو ودعياً او يعين له اميناً يكون قابضاً بحكمه وولايته لا بوكالته فيكون الودعي الامين لا الحاكم وهذا بهِ اولى لانهُ في شغل شاغل عن مباشرة امثال هذه الامور كما عرفت فكان الجزم بذلك كما في التذكرة هو الصحيح ولا معنى لقولهم الاقرب والاقوى والاصح فليتأمل في ذلك فانه عام في جميع الامانات التي يليها الحاكم ولم يبينوا لنا الحال في الثقة هل يجب عليه القبض لانهُ كالولي ام لا ثم ان ذلك لعله مبني عَلَى وجوب حفظ مال الغير وقد تقدم الحال فيه (قوله) ﴿ وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين او الغصب اليه ﴾ اي يجب القبول عَلَى الحاكم اذا حمل الدين والغصب اليه كما في الايضاح وكذا المسالك وقال في جامع المقاصد لا يتقيد هذا بارادة السفر ولا بحصول الحاجة بالنسبة الى الغاصب لان يده يد عدوان وينبغي ايضاً في المديون ذلك لان برائة الذمة امر مطلوب ثم احتمل عدم وجوب القبول نظراً الى ان البقاء في يد الغاصب اعود عَلَى المالك لكونه مضموناً في يده وكذا المديون لان الدين في ذمته (قلت)هذا هو الاحوط لكنه انما يتم اذا لم يكن له معارض والحاجة المنفية في كلامه غير الحاجة القائمة في الغاصب والمديون (قوله) ﴿ ولو اراد السفر فدفنها ضمن الا ان يخاف المعاجلة ﴾ كما في الشرايع والارشاد وهذا الاطلاق يشمل ما اذا تعذر الوصول الى المالك او الحاكم او ايداع الثقة او لم يتعذر سواء دفنها في حرز اوغير حرز اعلم بها الثقة او الفاسق او لم يعلم احداً وسواء كان الثقة في منزل الدفن او خارجاً عنه ولا فرق في ذلك كله بين كونه مضطراً الى السفر او لا ولا بين كون الدفن مغيراً لها ام لا فقضية الكتب الثلثة انه يضمن بدفنها في جميع هذه الصور الا ان يخاف عليها معاجلة السارق او الظالم فانه لا يضمن لان حفظها حينئذ لا يكون الا بالدفن فيجب ويجزي لانه المقدور ويعتبر كونه في حرز مع الامكان وهذا تحرير كلام المبسوط والتذكرة والتحرير وكلام العامة وهو صحيح الا فيما اذا دفنها ولم يتمكن من احد الاربعة واعلم الثقة بها الساكن في موضع دفنها لان اعلامه بذلك ايداع له وقد فهم وقبل او تقول ان السكنى في موضع الدفن مع العلم بما فيه مستلزم لليد عليه فيكون داخلاً في حفظهِ وتحت يده فيجب عليهِ الحفظ وهو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ونظر المصنف في الكتابين والمحقق في الشرائع الى انهُ اعلام لا ايداع لان الايداع يستلزم ايجاب الحفظ والقبول بخلاف الاعلام فانه لا يلزمه حفظها بمجرد الاعلام وقال في المسالك ان فيه قوة وان فسرت المعاجلة في الكتب الثلثة بمعاجلة الرفقة اذا اراد السفر وكان ضرورياً وكان التخلف عنها مضراً فانهُ لا ضمان عليه في دفنها لمكان

ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة « متن »

الحاجة والتفسير ان للمعاجلة محكيان عن الشهيد والاول هو المتبادر من التذكرة والتحرير (واما عباراتهم في المقام) ففي المبسوط فاذا اراد المودع السفر فدفنها فلا يخلو اما ان يعلم به غيره او لم يعلم به فان لم يعلم به غيره ضمن لانهُ غرر لانهُ ربما مات المودع في السفر ولم يعلم وتتلف الوديعة في الدفن وربما تلف ايضاً بالغرق اوالحريق او تحت الارض وان اعلم غيره فان كان فاسقا ضمن لانه اشهرها وان عرف ثقة امينا نظرت فان كان ممن لا يسكن تلك الدار التي دفن فيها فانه يضمن لانه عرّف من لا يأمنه المودع كما لو كان المودع حاضرا وان اعلم من سكن تلك الدار التي دفن فيها فهل يضمن ام لا فيه الفصول الثلثة التي ذكرناها فيما قيل في ردّ الوديعة انتهى وقد كان ذكر في رد الوديعة انهُ اما عَلَى المالك او غيره لعذر او لغير عذر وانه مع العذر يرد عَلَى الحاكم فان فقد فعلى الثقة كما تقدم بيانه وذكر في التذكرة مثل ما في المبسوط بدون تفاوت في المعنى الى قوله فان اعلم من سكن فان في التذكرة فان كان ساكناً في الموضع فان كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جاز لان الموضع وما فيه في يد الامين والاعلام كالايداع وان كان فيه مع القدرة عَلَى الحاكم فعلى الوجهين السابقين انتهى ولم يتعرض فيهما (١) لخوف المعاجلة وعدمه لكنه قال بعد ذلك في التذكرة في جملة فروع لو دفن الوديعة في غير حرز عند ارادة السفر ضمن عَلَى ما تقدم الا ان يخاف عليها المعاجلة وكذا يضمن لو دفنها في حرز ولم يعلم بها اميناً او اعلم اميناً حيث لا يجوز الايداع عند الامين انتهى ومراده في قوله وكذا يضمن انه يضمن الا مع خوف المعاجلة وفي التحرير لو دفنها في موضع واعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يغيره الدفن فهو كايداعه عنده وان لم يعلم بها احد ضمنها الا مع خوف المعاجلة عليها وكذا يضمن لو اعلم بها غير الثقة او اعلم بها الثقة ولم يشعره بالمكان او اشعره وليس ساكنا بالمكان او كانت مما يتغير بالدفن (قوله)

﴿ ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة ﴾ جعل الواجب هو الايصاء كما في التذكرة والمفاتيح وظاهر جامع المقاصد وهو يتحقق بدون الاشهاد والموجود في المبسوط والسرائر والشرايع والتحرير والارشاد انه يجب عليه الاشهاد عند خوف الموت او ظهور اماراته او حضور الوفاة عَلَى اختلافهم في التعبيرات كما ستسمع والمتبادر من الاشهاد ان يشهد شاهدين ليحصل بهما الاثبات حيث ينكر الورثة او يكون بعضهم صغاراً لئلا يمتنع الوصي من تسليمها الى مالكها من دون الاثبات وقد يكون اراد المصنف في كتابه ما ارادوا كما هو صريحه في الفرع الرابع كما انه يحتمل انهم ارادوا مجرد الايصاء وهو بعيد جداً لانه خلاف المتبادر من الاشهاد لتكرره في المبسوط والسرائر قالا اذا حضرته الوفاة فانه يلزمه ان يشهد عَلَى نفسه بان عنده وديعة لفلان ويشهد حتى لا يختلط بماله ولعلهما ارادا بالاشهاد الاول الايصاء وقد جعل في الكفاية في المسئلة قولين قال في الكفاية وجب الاشهاد عَلَى قول او الايصاء عَلَى قول آخر ونحوه ما في المفاتيح غير انه استظهر برائته بالايصاء وقد عبر بمن حضرته الوفاة في المبسوط والسرائر والتحرير والمراد حصول الظن بالموت بظهور العلامات كما في الشرائع والكفاية والمفاتيح قال في الشرائع اذا ظهر للمودع امارات الموت وجب الاشهاد وهو معنى ما في التذكرة وجامع المقاصد من انه اذا مرض مرضاً مخوفاً او حبس ليقتل وظاهر عبارات الجميع ما عدى التحرير والتذكرة في اول كلامه فيها ان الايصاء والاشهاد كاف وان قدر عَلَى ايصالها الى مالكها او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية الامانة فيستصحب والاصل عدم الوجوب ووجوب الاشهاد لا ينافيه لانه من وجوه الحفظ الواجب عليه وقال في التحرير اذا حضرت المودع الوفاة وجب عليه دفعها الى المالك او الوكيل او الحاكم او الثقة عَلَى الترتيب ولو تعذر وجب الايصاء بها والاشهاد ونحوه ما في التذكرة في اول كلامه ولعل وجههُ انّ الايصاء غير كاف في دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها الى اهلها لاحتمال عدم وصولها الى يد الوصي بسبب من الاسباب واحتمال تلفها في يده بتفريط وعدمه ولا ريب انه احوط وقال

(١) اي المبسوط والتذكرة (منه)

فان اهمل ضمن الا ان يموت فجأة عَلَى اشكال « متن »

في التذكرة بعد ذلك في فروع المسئلة الاقرب الا كتفاء بالوصية وان امكنه الرد الى المالك لانه مستودع لا يدري متى يموت فيستصحب الحكم ويحتمل ان يجب عليه الرد الى المالك او وكيله عند المرض فان تعذر اودع عند الحاكم اواوصى اليه كما اذا عزم عَلَى السفر وهوقول اكثرالشافعية ومراده بالمرض المرض المخوف والا ففي مجمع البرهان ان الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض وايضاً كلامه يقضي بالتخيير بين ايداع الحاكم والايصاء اليه لكن الظاهر ان مراده بقرينة قوله كما اذا عزم عَلَى السفر انه بعد تعذر الحاكم يودع الثقة ثم ان تعذر فالايصاء كما تقدم مثله مراراً لكن فيه ان كلامه صريح في الايصاء الى الحاكم فتأمل وليس المراد بالايصاء هو الايداع كما صرح هو به قال توهم بعض الناس ان المراد من الوصية بها تسليمها الى الوصي ليدفعها الى المالك وهو الايداع بعينه وليس كذلك بل المراد الامر بالرد من غير ان يخرجها من يده فانه والحال هذه مخير بين ان يودع لحاجة و بين ان يقتصر عَلَى الاعلام والامر بالرد لان وقت الموت غير معلوم و يده مستمرة عَلَى الوديعة مادام حياً وهذا ايضاً صريح في عدم وجوب الرد عيناً بل تخييراً وذلك هو المراد من آخر عبارتي المبسوط والسرائر وان اوهمتا خلاف ذلك ولا ترجيح في الكفاية (وكيف كان) فالظاهر ان دليل وجوب الايصاء هو ان المدار عَلَى وجوب حفظ الوديعة معها امكن حتى تصل الى اهلها وذلك لا يتم هنا الا بالايصاء وادلة وجوب الوصية عَلَى المحتضر بل لعله لا خلاف في وجوبها عليه ولكن حيث كان المدار عَلَى وجوب الحفظ كما قضت به قواعد الوديعة فلا ريب انه تارة يحصل بالايصاء فقط وتارة لا بد منه ومن الاشهاد واخرى يكفي فيه الاشهاد بل قد لا يحتاج الى الوصية فلعل احتلاف الكلمة عَلَى اختلاف النظر واختلاف المقامات في الحفظ فليتأمل (قوله) ﴿ فان اهمل ضمن ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو قضية كلام المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد وان لم يصرح به فيها لانه فرط حيث غرر بها ومعنى ضمانه انه يحكم بكونها مضمونة في يده فلو تلفت بغير تفريط في وقت الضمان ولو قبل الموت كانت مضمونة عليه تؤخذ من ماله كالدين وعوض الغصب وكذا بعد الموت وان لم يقصر الورثة في المبادرة الى اعلام المالك والرد عليه فتلفت قبله بآفة او اتلاف متلف او بترد في بئر ونحوها و يكون اثماً ايضاً بتركه الوصية ولعل التفريط والتقصير انما يحصل بتركها حين الموت او قبيله حيث ييأس من الحيوة ولا يقدر عَلَى الوصية وان لم يكن مات لكن في المسالك انه لا يستقر الضمان الى ان يموت فيعلم التفريط في اول زمان ظهر فيه امارة الموت سواء كان ذلك في ابتداء المرض ام في اثنائه وهذا معنى قوله في التذكرة التقصير هنا انما يتحقق بترك الوصية الى الموت فلا يحصل التقصير الا اذا مات لكن يتبين عند الموت انه كان مقصراً من اول ما مرض انتهى (وقد يقال) ان التقصير يحصل قبل الموت كما عرفت ثم ان الظاهر ان الوقت موسع لانه اذا ظن بقائه قادراً عَلَى الوصية كان كحال الصحة فكونه من اول المرض كأنه محل تأمل الا ان تقول ان مراده من قوله من اول ما مرض ما قاله في المسالك من انه اول زمان ظهر فيه امارات الموت الى آخره وقد يرد عَلَى المسالك ما اذا ظهرت امارات الموت وظن البقاء معها يوماً او نصف يوم اونحو ذلك فتأمل اذ الكشف قوي لا بأس به (قوله) ﴿ الا ان يموت فجأة عَلَى اشكال ﴾ ومثله القتل غيلة وعدم الضمان خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي حكاه الشهيد عن فخر الاسلام ولعله سمعه منه شفاها لانه لا يعد مقصراً ولو وجب الضمان لاقتضى وجوب الوصية عَلَى كل مستودع من حين قبض الوديعة حتى لو اخر ساعة يضمن وعمل جميع الفقهاء عَلَى خلافه والضمان خيرة الايضاح (واحتج) عليه بان الوصية والاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب ادائها ظاهراً ان علم بها وفي نفس الامر ان لم يعلم وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط الا ذلك (وفيه) ان المدار في الضمان عَلَى التقصير والتفريط عرفاً او شرعاً بمعنى مخالفة الواجب عليه فاذا ترك سبباً لا يعد سبباً في نظر

ولو اوصى الى فاسق او اجمل كقوله (له خ) عندي ثوب وله اثواب ضمن اما لو قال عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على اشكال « متن »

الشارع واهل العرف وما هو في نظرهم الا كالمسرع تحت الجدار المستقيم مخافة ان يسقط عليه لا يعد مقصراً ولذلك لم يجب الاشهاد والايصاء الا عند امارات الموت فلا معنى للتعليل بالتفريط ولعل الاستثناء منقطع لان موت من حضرته الوفاة فجأة غير متصور (قوله) ﴿ ولو اوصى الى فاسق او اجمل كقوله عندي ثوب وله اثواب ضمن ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك في الحكمين وخيرة المفاتيح في الاول وظاهر المبسوط في الثاني ذكره في اثناء مسألة اخرى (اما الاول) فلان الوصية الى الفاسق تزيد في التضييع لانه مع السلطان عليها اقرب الى الخيانة قال في التذكرة يجب الايصاء الى امين فان اوصى الى غير ثقة فهو كالولم يوص ويجب عليه الضمان لانه غرر بالوديعة ولا يجب ان يكون اجنبياً بل يجوز ان يوصي بها الى وارثه ويشهد عليه ومراده ان يشهد على الايصاء وهذا ما اشرنا اليه آنفاً وفي الكفاية وكذا مجمع البرهان انه لا يبعد الاكتفاء بكونه اميناً وان لم يكن عدلاً (قلت) وجهُ الحكم ظاهر على تقدير اشتراط العدالة في الوصي مطلقاً كما نقل عليه الاجماع جماعة كما بين في محله ويكون الضمان من حين الوصية الى غير العدل ويحتمل ان يراعى بالموت فاذا مات وترك الوصية الى العدل علم انه ضامن من حين الترك لاحتمال ان يرجع و يوصي الى العدل مع الاشهاد واما على تقدير عدم اشتراطها في الوصي فلا ضمان ويحتمل اشتراط العدالة هنا وان لم نشترطها في مطلق الوصي لان الايصاء كالايداع فليتأمل (واما الثاني) فلان الوديعة مع الاجمال لا تعرف بعينها فلا يمكن ردها بحسب العادة وذلك مناف للحفظ قال في التذكرة اذا اوصى بالوديعة وجب ان يبينها ويميزها عن غيرها بالاشارة الى عينها او ببيان جنسها ووصفها فلو لم يبين الجنس ولا اشار اليه بل قال عندي وديعة فهو كما لو لم يوص ولو ذكر الجنس فقال عندي ثوب لفلان ولم يصفه فان لم يوجد في تركته جنس الثوب فاكثر علمائنا على ان المالك يضارب الغرماء بقيمة الوديعة لتقصيره بترك البيان الى ان قال وان وجد في تركته جنس الثوب فاما ان يوجد اثواب او ثوب واحد فان وجد اثواب ضمن لانهُ اذا لم يميز كان بمنزلة ما اذا خلط الوديعة وذلك سبب موجب للضمان وكذا ما ساواه وهو عدم تنصيصه على التخصيص وان وجد ثوب واحد ففي تنزيل كلامه عليه اشكال قال الشافعي انه ينزل عليه ويدفع اليه ومنهم من اطلق القول بانه اذا وجد جنس الثوب ضمن ولا يدفع اليه عين الموجود اما الضمان فللتقصير بترك البيان واما انه لا يدفع اليه عين الموجود فلاحتمال ان تكون الوديعة قد تلفت والموجود غيرها وهو جيد انتهى وقضية كلامه في الكتاب انهُ لو لم يكن الا ثوب واحد فلا ضمان وهو خيرة التحرير بمعنى انه ينزل كلامه عليه لان الاصل عدم غيره والاصل بقاء حقه الثابت بالاقرار فيستصحب الى ان يعلم التلف ولا يعارضه احتمال ان تكون قد تلفت قبل الوصية بغير تفريط فلا ضمان والثوب الموجود من التركة لانه يدفعهُ ان مقتضى كلام الموصي بقائها الى حين الوصية والاصل عدم التلف فينزل اطلاق كلامه عليه لكنهُ في المسالك نسب الى ظاهر كلامهم ان الاجمال المذكور يعد تقصيراً يوجب الضمان وقد عرفت المتعرض لهذا الفرع وهو المصنف في التذكرة والتحرير وظاهر الكتاب واما المحقق الثاني فلم يجزم بعد ذلك تقصيراً لا في اول كلامه ولا في آخره نعم قد يمكن فهم ذلك من عبارة المبسوط وستسمعها في المسئلة الآتية قال في المسالك الحق ان الحكم مبني على ان الاجمال المذكور هل يعد تقصيراً يوجب الضمان كما هو ظاهر كلامهم ام لا فان قلنا بالاول ضمن قطعاً للتفريط وان قلنا بالثاني فلا لاصالة عدمه وبرائة الذمة واما اصالة بقائه فلا تقتضي الضمان بل هي اعم وقد اومى الى نحو ذلك في جامع المقاصد (قوله) ﴿ اما لو قال عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف على اشكال ﴾ حكم هنا بعدم الضمان على اشكال كما في التحرير والحواشي في خصوص المثال وحكم في الارشاد بالضمان على اشكال ونحوه ما في الشرائع فيما يشبه المثال او هو هو قال في

الشرائع اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل تخرج من اصل تركته ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع وفيه ترد وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان والثاني في كيفيته كما يأتي مثله في الكتاب حيث قال ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء عَلَى اشكال هذا ان اقرّ ان عنده وديعة او عليه وديعة اما لو كانت عنده في حيوته ولم توجد عينها ولم يعلم بقائها ففي الضمان اشكال والظاهر ان الاشكال الاول في كيفيته والثاني في اصله كالاشكال الموجود هنا في المثال قال في الايضاح ان الاشكال في الكيفية مبني عَلَى الاشكال هنا اي في المثال فقال ان هذا في اصل الضمان وذاك في كيفيته (ووجهه) اي التردد في الاول اي اصل الضمان ان اقصى ما ثبت من اعترافه بها في حيوته وجوب حفظها والا فذمته بريئة من ضمانها فاذا لم تعلم بعد الموت احتمل تلفها قبله بدون تفريط وردها الى مالكها والاصل برائة ذمته من الضمان واصل عدم تلفها وعدم ردها لا ينافي اصل البرائة اذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة (ووجهه) في الثاني ان اصل بقائها اقتضى كونها في جملة التركة غايته ان عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة الشريك القهري فيقدم بالحصة عَلَى غيره من الغرماء والانتقال الى البدل اذا تعذرت العين انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال والا منعنا البدل واصالة البقاء قد اوجبت ذلك كذا قيل وفيه نظر ظاهر لان ذلك يقضي بوجودها في التركة والمفروض عدمه وفرض الوجود للاصل لا يجدي في الشركة القهرية فتأمل وجعل وجهي اشكال الكتاب هنا في الايضاح وجامع المقاصد من قول اكثر علمائنا بانه يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله صلى الله عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي والمسقط هو التلف من غير تفريط وهو مشكوك فيه وانا قد تحققنا ان عنده وديعة يجب عليه ردها لكن جهلت عينها فوجب ضمانها في ماله كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها احد فان الضمان يجب عليه فالسفر والموت في هذا المعنى واحد وهذان حجة الشيخ في المبسوط عَلَى الضمان حيث قواه ومراده بجهل عينها جهل مكان عينها لانه لو كان الجهل بتمييزها عن غيرها مع وجودها لم يكن في الضمان اشكال كما لو اوصى بثوب وله اثواب كما تقدم وهذه عبارة المبسوط التي وعدنا بها آنفاً ومن ان الوديعة ليست سبباً للضمان بل سببه التفريط ولم يعلم والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه باطل ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم توجد وانت خبير بانه اذا كان المفروض اجماله في الوصية وتقصيره في البيان ينبغي ان يكون توجيه الاشكال بغير ما ذكر فليتأمل جيداً اذ لعل الحال لم يبن عَلَى الاجمال (وكيف كان) فالظاهر قول اكثر علمائنا كما في التذكرة في موضعين منها احدهما ما نحن فيه والايضاح وجامع المقاصد وعليه نص الاصحاب كما في شرح الارشاد لفخر الاسلام وهو المشهور كما في المسالك والكفاية لكني لم اجد مصرحاً به غير الشيخ في المبسوط والمصنف فيما سمعته من كلامه فيما يأتي حيث يجعل الاشكال الاول في الكيفية لا في اصل الضمان كما في الكنز والموافق لها في خصوص المثال صاحب المسالك نعم هو خيرة المحقق والمصنف في مضاربة النافع والتذكرة وكذا مضاربة الكتاب والتحرير عَلَى اشكال له فيهما وهو الظاهر من جامع الشرائع وقد نقلنا بعض عباراتهم في باب الرهن في اول الفصل السادس لكنا لم نحقق هذه الشهرة بعد التتبع في الباب ولا باب المضاربة ولا الرهن لكن الناقل لها جماعة كثيرون كما عرفت وهم ادرى واطلع وقد استوفينا الكلام في المسئلة في باب المضاربة اكمل استيفاء . ولعل حجتهم ما رواه الشيخ في التهذيب عن ابن محبوب عن احمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن علي عليهم السلام انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربة قال انه ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء ورواه في الفقيه عن علي عليه السلام مرسلاً ورواه بالمعنى في السرائر كما عرفت ولا فرق بين الوديعة والمضاربة في ذلك والشهرة ان تمت جبرته سنداً ودلالة وكان حجة والظاهر تماميتها . وقد احتج لهم بقوله صلى الله عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي كما سمعت (وفيه) انه مخصوص بالامانات ولم يعلم هنا ما يزيل الامانة والاصل عدمه وبانه قصر في ترك الرد او

ولو وجد عَلَى كيس مختوم انه وديعة فلان لم يسلم اليه وكذا لو وجد في دستوره الا بالبينة
(الثالث) التقصير في دفع المهلكات فلو ترك علف الدابة او سقيها مدة لا تصبر عليه عادة
فهلكت ضمن « متن »

الايصاء والتعيين وفيه ان الاصل في فعل المسلم والظاهر من حاله ان لا يخل بواجب الا ان نقول انه بتركه التعيين اخل بواجب فتأمل وبان الاصل البقاء والاصل عدم التلف الا عَلَى وجه مضمون وقد عرفت ان اصل البقاء لا يعارض اصل البرائة والاصل الثاني غير اصيل ولذلك قال في التذكرة ان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان والذي عليه فتوى اكثر العلماء منا ومن الشافعية الضمان انتهى وعدم الضمان خيرة الايضاح في المثال وفي جامع المقاصد ان التحقيق انه ان اجمل الوصية ولم يبين الثوب بني الضمان عَلَى عد ذلك تقصيراً وان بينه فلا مقتضي للضمان فقد فرق بين ما نحن فيه و بين ما حكيناه عنهم من قولهم فيما يأتي اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها الى آخره وكذلك صاحب المسالك حيث جزم بالضمان فيما نحن فيه لمكان الاجمال وحكم فيما يأتي بعدمه ونحوه ما في مجمع البرهان حيث احتمل فرض قولهم فيما يأتي فيما اذا اعترف بالعين وعينها وحكم بعدم الضمان وتامل فيه فيما نحن فيه ولم يتعرض في الكفاية الا لقولهم فيما يأتي اذا اعترف بالوديعة وجزم بعدم الضمان ولم يفرق في المبسوط والتذكرة والايضاح وغيرها بين المسئلتين بل جعلتا في الايضاح وجامع المقاصد في كلام المصنف من سنخ واحد ونحن بينا كلاً عَلَى حدة وتمام الكلام يأتي في قولهم الآتي ان شاء الله تعالى (قوله) ﴿ ولو وجد عَلَى كيس مختوم انه وديعة فلان لم يسلم اليه وكذا لو وجد في دستوره الا بالبينة ﴾ كما في المبسوط والتذكرة فيهما والتحرير في الاول اي لا يجب عَلَى الوارث التسليم لانه ربما كتبه عبثاً ولهواً او تلقيناً وربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحها او رد الوديعة بعد ما اثبت في الجريدة ولم يمحها وبالجملة انما يثبت كونها وديعة بان يقرأن هذه وديعة ثم يموت ولا يكون متهماً في اقراره عندنا او مطلقاً عند جماعة من علمائنا او يقر الورثة بانها وديعة او تقوم البينة بذلك فاذا ثبتت الوديعة باحد هذه الوجوه وجب عَلَى الورثة اعلامه بذلك وليس لهم امساكها الى ان يطلبها المالك منهم لانه لم يأمنهم عليها كما اذا اطارت الريح ثوباً الى دار انسان ولم يعلم صاحبها فان عليه اعلامه فان اخر ذلك مع امكانه ضمن كما ذكر ذلك كله في التذكرة (قلت) قد يعلم بذلك اي الكتابة انها وديعة فيعمل الوارث بما علم وقد تقدم في اول الباب بيان الحال في الضمان مع التأخير ووجوب الرد او الاعلام بالنفس او الوكيل وان لم يكن ثقة كما هو الشان في جميع الودائع والعواري فانه هو المتداول بين المسلمين من غير نكير (قوله) ﴿ الثالث التقصير في دفع المهلكات ﴾ من موجبات الضمان التقصير في دفع مهلكات الوديعة وما يوجب نقص ماليتها وهو مما لا اجد فيه خلافاً لان الحفظ واجب ولا يتم الا بذلك (قوله) ﴿ فلو ترك علف الدابة او سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن ﴾ في عباراتهم اضطراب فعبارة الشرائع واللمعة كعبارة الكتاب غير انه زاد في الشرائع لفظة به قال فماتت به وعبارة المبسوط والتذكرة بمعنى قال في المبسوط فان لم يسقها ولم يطعمها فماتت الدابة نظرت فان كان قد منعها من العلف في مدة تموت الدابة بمثل تلك المدة بمنع السقي والعلف فانهُ يضمن قيمتها لانه معلوم انها ماتت من منع علفها وان كانت مدة لم تمت الدابة لمثل تلك المدة اذا منعت العلف والسقي فانه لا يضمن انتهى وقال في التذكرة فان امتنع من ذلك اي العلف والسقي حتى مضت مدة يموت مثل تلك الدابة في مثل تلك المدة نظران ماتت ضمنها وان لم تمت دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوة وضعفاً فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ان لم يكن بها جوع و عطش سابق وان كان وهو عالم ضمن وكذا لو كان جاهلاً فقد وافق المبسوط في اول كلامه وفي قوله فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها وزاد فروعاً سننبه عليها

سواء امره المالك ام لا ويرجع عَلَى المالك « متن »

انشاء الله تعالى ثم انهُ لا يخفى ما في كلامه من التناقض في الظاهر وفي بعض العبارات ان مجرد الترك ولو مرة يوجب الضمان كقوله في الارشاد فلو ترك سقي الدابة ضمن وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة وهو الذي تقتضيه قواعد الباب اذ الواجب علفها وسقيها بحسب المعتاد لامثالها فالنقصان عنه يعد تفريطاً سواء صبرت عليه ام لا ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها وان ماتت بغيره اذ لا يفترق الحال حينئذ بين تلفها ونقصها بذلك السبب وغيره وقد مضى ويأتي له نظائر كثيرة في كلامهم (اذا عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب وما وافقها فان ارادوا من تعليق الحكم عَلَى موتها بسبب تركهما اي العلف والسقي مدة لا تصبر عليه عادة كما هو صريح الشرائع وظاهر الكتاب واللمعة هذا المعنى الذي تقتضيه قواعد الباب بان يكون مرادهم بعدم صبرها عليه نقصانها عن المعتاد فله عبارتان فلا اشكال من هذه الحيثية لكن يدفعهُ اختصاص الضمان بموتها به مع كونها مضمونة بالتفريط الذي من شأنه الضمان بذلك السبب وغيره وان ارادوا معنى آخر كما هو الظاهر زاد الاشكال حيث يكونون قد رتبوا الضمان عَلَى الموت بتركهما وعَلَى تركهما اي العلف والسقي هذه المدة مع ان الواجب القيام بالمعتاد منهما وبتركه يتحقق التفريط وقد لا يكون القيد مراداً في عبارتي الكتاب واللمعة فيبقى الكلام في عبارة الشرائع والاعتذار عن الكتاب بموافقة العنوان لا يجدي مع المخالفة في الحكم عَلَى انهُ ادرج في آخر العنوان ما ليس منهُ واما عبارتا المبسوط والتذكرة فقد علق الضمان فيهما عَلَى الموت بتركهما مدة تموت فيها عادة لا تأخيره زيادة عن المعتاد ولا زيادة عما تصبر عليه عادة لان كلامهما صريح في ان التقصير مطلقاً لا يوجب الضمان الا مع التلف به بل هو صريح او كالصريح في انهُ لا يوجبهُ مع التلف به اذا لم يكن التقصير متلفاً ومهلكاً عادة هذا ان لم يكن حكمها بعدم الضمان فيما اذا ماتت قبل تلك المدة لاحتمال الموت بغير هذا السبب بل كان الحكم بعدم الضمان بالموت به لكونه غير مهلك لكن الظاهر من المبسوط الاول لمكان التعليل في الاول فتأمل ويرد عَلَى التذكرة انه ينبغي عدم الضمان في الجوع السابق اذا جهل لانه يكون كما اذا ماتت قبل مضي تلك المدة التي لا يموت فيها مثلها فتأمل وان جعل الضمان مترتباً عَلَى التقصير بان يكون الموت بعده وان كان معه شيء آخر له مدخلية في ذلك وجب ان يحكم بالضمان مع التلف بالتقصير دون المدة المذكورة الخالية عن عطش سابق وجوع كذلك فليتأمل وعَلَى تقدير الضمان في ذات الجوع والعطش السابقين ينبغي التقسيط لتعدد الموجب وفي مجمع البرهان ان ادلة عدم الضمان قوية حتى يثبت الناقل (قوله) ﴿ سواء امره المالك ام لا ويرجع عَلَى المالك ﴾ لما كانت الدابة والادمي من الاموال المحترمة التي لا يسوغ اتلافها بغير وجه شرعي وجب عَلَى المستودع علفها وسقيها بما جرت العادة به لامثالها ولو اخل بذلك كان من جملة التفريط وقد حكي عَلَى الوجوب في الرياض الاجماع تارة ونفي عنه الخلاف اخرى وقال في المبسوط اذا اودع حيواناً ففيه (ثلث) مسائل (احداها) ان يأمره بسقيها وعلفها (الثانية) اطلق ولم يأمره ولم ينهه (الثالثة) قال لا تسقها ولا تعلفها فانه يلزمه سقيها وعلفها لان لها حرمتين لوجهين احداهما حرمة مالكها الا ترى انه لو اتلفها عليه انسان ضمنها ولها حرمة في نفسها وهي حق لله عز وجل الا ترى انه ليس لصاحبها ان يعذبها فاذا كان هكذا لزمه ان يسقيها ويعلفها وظاهره في المسئلتين الاخيرتين في اواخر كلامه انه يرجع عَلَى المالك بما انفق اذا اشهد ولم يقدر عَلَى الحاكم وهو صريح الايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة كما ستعرف بل في المسالك انه لو تعذر الاشهاد اقتصر عَلَى نية الرجوع واستحسنه في جامع المقاصد واما الرجوع في الاولى فما لا ريب فيه عندهم لانه امره بعلفها فكان كما لو امره باتلاف ماله فيما عاد نفعه اليه فكان كما لو ضمن عنه مالا بامره واداه عنه ولم يتأمل الاردبيلي فقال ان الامر اعم من الرجوع (وفيه) انه اجماعي بين المسلمين والعادة قضت بذلك وقال في السرائر اذا اطلق عرف بفحوى الخطاب امره بالسقي لان العادة جارية بان الدابة تسقى وتعلف فوجب حمل ذلك عَلَى

وان نهاه عَلَى اشكال اذا لم يتبرع اما لو نهاه عن العلف والسقي فترك عصى ولا ضمان ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه او طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها اولم يعرض الثوب الذي يفسده الدود للريح ولو لم يندفع الا باللبس وجب الا مع نهي المالك « متن »

العرف وان لم يتلفظ به وحكم بانه يرجع عَلَى المالك اذا اشهد انه يرجع عليه بذلك ولم يتعرض للحاكم ولا للمسئلة الثالثة وقضية وجوب الحمل عَلَى العرف تقضي بالرجوع وان لم يشهد وظاهر اطلاق التحرير في موضع منه انه يلزمه الاتفاق في المسائل الثلث وقد ينزل اطلاقه عَلَى ماذا اطلق لانه في موضع آخر قبل ذلك قال اذا نهاه لم يجز له الامساك وقرب الرجوع اذا تعذر الحاكم واشهد ومراده في غير الاولى وقال انه لو تمكن من الحاكم فلم يستأذنه فالاقرب عدم الرجوع وان اشهد ولو عجز عن الحاكم ولم يشهد فالاقرب عدم الرجوع انتهى ونحو ذلك ما في التذكرة فيما اذا اطلق وظاهر التحرير ان ذلك جار في الصورتين الاخيرتين وقال في التذكرة انه اذا تعذر الاشهاد يرجع مع قصده الرجوع كما سمعته عن المسالك وجامع المقاصد وظاهر الكفاية التأمل في صورة الاطلاق واستشكل في الرجوع في الاخيرة في التذكرة كما ستسمع وانما اشترط الرجوع الى الحاكم في ذلك ليتحقق عدم التبرع ومثل ذلك اشتراط الاشهاد وقد يكون ذكره ارشاد الا اشتراطاً فتأمل لانه لا يتأتى في بعض العبارات (قوله) ﴿ وان نهاه عَلَى اشكال اذا لم يتبرع ﴾ كما في التذكرة اصحه الرجوع كما هو ظاهر المبسوط والتحرير وصريح الايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان قال في الاخير الاشكال مع وجوب الانفاق عَلَى المالك والمستودع بعيد فينبغي الجزم بالرجوع عَلَى تقدير الايجاب ثم امر بالتأمل وهومعنى مافي جامع المقاصد من الاحتجاج بعدم اعتبار هذا النهي فانه محرّم والعلف والسقي لوجوبهما ماذون فيهما شرعاً فالشارع قائم مقام اذن المالك وهو معنى ما في الايضاح من ان نهي المالك منهي عنه والنهي في غير العبادات ان اقتضي الفساد بطل نهي المالك فصار وجوده كعدمه والا فالاقوى هنا البطلان لان حكمة النهي اذا لم تتم الا باقتضائه الفساد وجب القول به وهو هنا كذلك لان النهي عن نهي المالك لغرض حفظ الحيوان ولا يتم الا بفساده اي فساد نهي المالك وحفظ مال المنفق فوجب القول به اي بان النهي يدل عَلَى الفساد في المعاملات ووجه عدم الرجوع ينشاء من نهي المالك المقتضي لصدورها بغير اذن المالك (قوله) ﴿ اما لو نهاه عن العلف والسقي فترك عصى ولا ضمان ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان اما العصيان فلتركه حق الله تعالى لايجابه سبحانه عليه ذلك ولهتك حرمة الروح لان الحيوان له حرمة في نفسه فيجب احيائه واما عدم الضمان فلأن المالية حق للمالك وقد اسقط عنه الضمان بنهيه فكان كما لو قال له اقتل دابتي فقتلها او امره بالقاء ماله في البحر ونحوه من ضروب الاتلاف وقد استدل عَلَى العصيان في التذكرة بان فيه تضييع المال المنهي عنه شرعاً (وفيه) ان حفظ المال غير الحيوان انما يجب عَلَى مالكه لا عَلَى غيره وانما وجب في الحيوان لكونه ذا روح يتألم فدليله العقل والاجماع عَلَى الظاهر وقد حكاه في الرياض كما سمعت وفي موضع آخر من التذكرة انه لو نهاه المالك عن استعمال الوديعة للحفظ فليمتنع حتى فسدت يكون فعل حراماً وفي موضع آخر قال فعل مكروهاً (وبقي شيء) وهو ان هذا المالك سفيه يبطل ايداعه الا ان يقال باشتراط حكم الحاكم في منعه من التصرف كما هو المختار في محله او يقال بانه يصح ايداعه وان كان سفيهاً او يكون جاهلاً ومعذوراً هذا والضمان ظاهر اطلاق اللمعة لوجوب حفظ المال عن التلف وفي حكم النفقة ما يفتقر اليه من الدواء والحل وغيرهما قيل وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر الى الحرث وقد عرفت الحال (قوله) ﴿ ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه او طرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها او لم يعرض الذي يفسده الدود للريح ولو لم يندفع الا باللبس وجب الا مع نهي المالك ﴾ قال في التذكرة يجب عَلَى المستودع دفع مهلكات الوديعة وما ينقص ماليتها اذ الحفظ واجب ولا

ولو امر خادمه بالسقي والعلف لم يضمن لاعتياده « متن »

يتم الا بذلك فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح بمجرى العادة لئلا يفسدها الدود ولو لم تندفع الا بان تلبس وتعبق بها رائحة الآدمي وجب على المستودع لبسها فان لم يفعل ففسد بترك اللبس او تعريض الثوب للريح كان ضامناً سواء امره المالك او سكت عنه اما لو نهاه عن النشر وفعل مايحتاج اليه الحفظ فامتنع من ذلك حتى فسدت فعل مكروهاً ولا ضمان عليه و به قال اكثر الشافعية ولهم وجه آخر ان عليه الضمان هذا ان علم المستودع بذلك فان اودعه صندوقاً مقفلاً لا يعلم ما فيه لم يضمن اجماعاً لعدم التفريط وانتفاء التقصير منه و بعدم الضمان مع نهي المالك لو اهمل اللبس فيما يفتقر اليه صرح في التحرير والمسالك وهو قضية عبارة الكتاب ولا ريب انه يجوز له فعله حفظاً للمال وقضية عبارة الشرائع والتحرير والارشاد والكتاب وغيرها حيث قالوا ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه انه يضمن لو تلفت اوفسدت بسبب آخر كالسرقة ونحوها كما هو الضابط في الباب وقضية قوله في التذكرة ولو لم يفعل ففسد بترك اللبس كان ضامناً خلاف ذلك وهو انها لو فسدت مع الترك بسبب آخر لم يضمن وقضية اطلاق الجميع ترتب الضمان على التلف بالترك وان غفل او نسي او جهل وسيصرح به المصنف وغيره في الخامس فيما اذا نسي او جهل ولعله لانه سبب فلا يحتاج الى العلم اذ كل من اتلف مال غيره نسياناً فهو ضامن ويمكن ان يكون الوجوب والضمان مترتبين على العلم والتقصير عمداً لان الامين غير ضامن نصاً واجماعاً خرج ما ثبت بالدليل من اجماع وغيره وهو العامد الخائن المتلف مضافاً للاصل وعدم تكليف الغافل وعدم صدق الخيانة والاتلاف ويسمع قوله فيه مع اليمين والظاهر ان المدار على التفريط والتقصير كما يأتي بيانه عند تعرض المصنف له وقد عرفت حال هذا الشخص الذي ينهى عن فعل ما يحتاج اليه وانه سفيه وعرفت انه قال في التذكرة في بحث الايداع فيما لو نهاه المالك فاهمل حتى فسدت ان الاقرب انه فعل محرماً فكان كلامه في التذكرة في بحث دفع المهلكات غيره في بحث الايداع فكأن صاحب جامع المقاصد لم يتتبع كلامه في المقامين ومثل طرح الامتعة في المواضع التي تعفنها وضع الكتب في المواضع التي تفسدها بالنداوة او شدة الحر ولو وضعها فيها اي المواضع التي تفسدها مدة يقطع فيها بعدم الضرر عازماً على نقلها قبل الفساد جاز على تأمل لانه ليس بحرز عادة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كالنفقة ﴿ قوله ﴾ ولو امر خادمه بالسقي والعلف لم يضمن لاعتياده ﴾ هذا معنى قوله في الشرائع يجوز ان يسقيها بنفسه و بغلامه اتباعاً للعادة وهو المراد من قوله في الارشاد يجب سقي الدابة وعلفها بنفسه وغلامه وقوله في التحرير لو امر المودع غلامه او صاحبه بعلف الدابة او سقيها فالاقرب عدم الضمان والاصل في ذلك كلام المبسوط ومنه يفهم المراد من هذه العبارات وبذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد والمسالك قال في المبسوط فان سقاها فلا يخلو اما ان يسقيها في بيته او في غير بيته فان كان قد سقاها في بيته نظرت فان كان سقاها بنفسه فقد زاد خيراً و بالغ في حفظها وان امر غيره من غلمانه فسقاها الغير جاز ولا ضمان عليه لان العادة جرت بان الانسان لا يسقي الدابة بنفسه وان اخرجها من داره وسقاها في غيره فلا يخلو الى آخر ما قال وقد زاد في التذكرة زيادة قال اذا تولى المستودع السقي والعلف بنفسه او امر به صاحبه او غلامه وكان حاضراً لم تزل يده بذلك فكان حاصل كلام المبسوط وما وافقه انه يجوز مباشرة الغلام والصاحب لذلك مع كونها في بيته لم تزل يده عنها مع كونه اميناً بمعنى انه يوثق به انه لا يخالف ما امر به غالباً وحاصل ما في التذكرة انه يجوز مباشرته لذلك مع حضور المستودع عنده مطلعاً على قيامه بما يجب فهي باقية في يد المستودع وعليه لا فرق بين وقوع ذلك في المنزل وخارجه ولعلهم ارادوا ما في التذكرة لكن لا بأس عليه الا ما اطبقوا عليه كما في المسالك من انه لا يجوز ايداع الودعي مع الامكان وهذا في معناه ﴿ وفيه ﴾ انه في التذكرة قرب عدم الضمان فيما اذا اخرجها من يده و بعثها على يد الخادم وكان امينا لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك وقواه في جامع المقاصد ايضاً ومال اليه المقدس الاردبيلي فكانت العادة مخصصة للقاعدة ثم ان امره لغلامه بسقيها وعلفها في منزله وهو غير حاضر

ولو اخرجها من منزله للسقي مع امن الطريق او خوفه ضمن الا مع الضرورة كعدم تمكنه من سقيها وعلفها فيه وشبهه (الرابع) المخالفة في كيفية الحفظ فلو عين له موضعا للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل الا الى ماهو احرزا ومساو على رأي « متن »

مشاهد ليس من ايداع الغير في شيء وليس وضع الغلام او الصاحب العلف او السقي لها في غيبته في منزله محرماً موجباً للضمان على ان ارادة ما في التذكرة قد ينافيه على الظاهر قولهم بعد ذلك ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك الا مع الحاجة ولذلك لا يصح ما في جامع المقاصد والمسالك من تقييد عبارة الكتاب والشرائع باحد امرين اما بما اذا كانت في يده او بما اذا كان اميناً ولا يصح لقائل ان يقول انا نبقي عبارات ماعدى المبسوط والتذكرة على اطلاقها من ان الايداع انما يجرى به في الحفظ على مقتضى العادات ومقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك سواء كان المستودع حاضراً عنده ام غائباً في المنزل وغيره اميناً كان او لا نعم هذا يتم فيمن لا يتعاطى مثله بنفسه لان ايداع مثل هذا الشخص رضا بذلك وتجويز له ولذلك قيل ان ما في الكتاب وغيره في المقام مخصوص بمن يتولى ذلك بنفسه واما غيره فلا ضمان عليه قطعاً حكى ذلك في التذكرة عن بعض الشافعية وفي جامع المقاصد انه لا يخلو من وجه وفي المسالك انه ضعيف وهو غريب لان تكليف مثل هذا الرجل الفقيه الجليل بسقي حمار يقوم به بعض خدمته وتلامذته بل لا يدعونه ان يفعله ان اراده تكليف شاق مخالف لقواعد الشريعة ساد لقبول الوديعة التي هي من الامور العامة البلوى والبلية وكذلك الشان في جميع صور الايداع في جميع الامور التي هي من هذا القبيل ونحوه كما بيناه آنفاً هذا وان اراد في التذكرة بالامين ما قلناه آنفاً فذاك وان اراد العدل صعب الامر (قوله) ﴿ ولو اخرجها من منزله للسقي مع امن الطريق او خوفه ضمن الا مع الضرورة كعدم تمكنه من علفها وسقيها فيه وشبهه ﴾ كما هو حاصل ما في المبسوط وقضية كلامهما انه لا فرق بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه ولا بين كونه متولياً لذلك بنفسه او غلامه مع صحبته له وعدمه لان النقل تصرف وهو غير جائز وقال في الشرائع لا يجوز اخراجها من منزله لذلك الا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها او علفها في منزله وشبه ذلك من اعذار ونحوها ما في الارشاد ولا يخرجها من منزله للسقي الا مع الحاجة ونحوه ما في التحرير ويمكن تقييد عبارة الشرائع والارشاد بعدم الامن لانهما ترك فيهما التصريح بعدم الجواز عند الامن او عدم العادة وعبارة الكتاب بعدم العادة وتقييد الحاجة في عبارة الارشاد وكذا الشرائع بالشديدة التي لا يمكن فيها تأخير السقي الى وقت آخر فتدبر قال في التذكرة اذا احتاج المستودع الى اخراج الدابة لعلفها او سقيها جاز له ذلك لان الحفظ متوقف عليه ولا ضمان ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطريق آمناً او مخوفاً اذا خاف التلف بترك السقي واضطر الى اخراجها وان اخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي فان كان الطريق آمناً لا خوف فيه وامكنه سقيها في موضعها فالاقرب عدم الضمان لاطراد العادة بذلك وكأنه اراد بقوله واضطر ان خوف التلف بترك السقي اكثر من خوف تلفه في الطريق الذي يمكن وقوعه وعدمه وان التأخير الى وقت اخر يزيد في الضرر والا فلو كان اقل ضرراً وخطراً لم يكن مضطراً فتأمل وفي جامع المقاصد ان ما في التذكرة قريب وفي تعليق الارشاد انه قوي ومال اليه او قال به المقدس الاردبيلي لاطراد العادة بذلك والحفظ انما ينزل على الامور المطردة في العادة (قوله) ﴿ الرابع المخالفة في كيفية الحفظ فلو عين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل الا الى ماهو احرز او مساو على رأي ﴾ اذا اودعه شيئاً ففيه اقسام ثلثة (الاول) ان يودعه ولا يعين له موضعاً يحفظها فيه فان المودع يحفظها في حرز مثلها فان وضعها في حرز ثم نقلها الى حرز مثلها جاز ولا ضمان سواء كان مثل الاول او دونه لان المودع رد ذلك الى حفظه واجتهاده (الثاني) ان يعين له موضعاً فيقول له احفظها في هذا البيت مثلاً ولم ينهه عن غيره فان كان البيت ملكاً لصاحب الوديعة عيناً ومنفعة او منفعة

فان تلفت بالنقل اليه كانهدامه ضمن « متن »

لم يجز له نقلها مطلقاً لانه ليس بمستودع في الحقيقة وانما هو وكيل في حفظهـا فليس له اخراجهـا من ملك صاحبها وان كان الموضع ملكاً للمستودع كذلك فان نقلها الى ما هو دونه في الحرز ضمن قطعاً كما في التحرير واجماعاً كما في المسالك والغنية فيما حكي عن الاخير لان فيما عندنا من نسخه سقطا في المقام وبه صرح في المبسوط والسرائر وما تأخر عنهما مما تعرض له فيه وان نقلها الى مثله ففي المبسوط والتذكرة انه لا يضمن لان تعيينه البيت انما افاد تقدير الحرزية فقط وليس الغرض تعيينه فالمراد ما كان في هذه المرتبة كما كان تعيين الحنطة في الاجارة وهذا الراكب دالاً على جواز المساوي والادون وفي المختلف والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والرياض انه يضمن وهو خيرة كل من قال بالضمان في النقل الى الاحرز كما ستسمع وظاهر الشرائع والتحرير التردد واستندوا في مخالفة الشيخ الى ان المتبادر من التعيين هو الواجب وان ما استند اليه الشيخ من ان التعيين انما افاد تقدير الحرزية الى آخره غير محل النزاع ولذلك قال في جامع المقاصد لا ريب ان الانتقال الى المساوي غير ظاهر لثبوت المخالفة (قلت) وفي كون ما ذكره غير محل النزاع تأمل وان نقلها الى الاحرز فظاهر الايضاح الاجماع على عدم الضمان حيث جعل الخلاف في المساوي وحكي مثل ذلك في جامع المقاصد عن الشهيد وقال انه ظاهر السيد العميد وحكي في المسالك عن جماعة الاجماع على جواز نقلها الى الاحرز وقال ان شراح عبارة القواعد المتقدمين صرحوا بان الخلاف في المساوي خاصة وقال في جامع المقاصد خرج الشارح وشيخنا الشهيد في حواشيه بان الرأي في المتساوي وهو الظاهر من السيد العميد وعبارة الشرائع والارشاد تشهد بذلك فعلى هذا النقل الى الاحرز جائز ولا ضمان به قولاً واحداً على ما يفهم من كلامهم انتهى وقال ايضاً ان اللائح من كلام جمع من الاصحاب انه لا خلاف في الاحرز وقال ايضاً ان الذي يقتضيه النظر الضمان مطلقاً والمنع من النقل الا ان القول به موقوف على وجود الموافق (قلت) كأنه لم يلحظ النافع وفي المفاتيح انه مذهب الاكثر بل كاد يكون اجماعاً وفي الرياض انه مذهب الاكثر وان ظاهر عبارة الحلي التي حكيت له الاجماع عليه وهو غريب نعم يفهم جوازه من صريح عبارة السرائر في موضعين منها ومن مفهومها من اخر وليس فيها جميعاً(جميعها خ ل)اجماع وهو خيرة المبسوط حيث جوز النقل الى المساوي وصريح الشرايع والتذكرة والارشاد والايضاح والرياض هذا ما وجدناه ووجهه بعد ما عرفت ان هذه الاولوية عرفية وهي حجة في ابواب الفقه واختلاف الاعراض مع الجهل بان المقصود من التعيين هو الخصوصية غير قادح كيف لا ومراعاته في عدم الاخذ بها في المسئلة يوجب انسداد اثبات الاحكام الشرعية بها في غيرها بطريق اولى بالضرورة ولم يقل به هؤلاء الجماعة كما قاله شيخنا في الرياض والمنع والضمان فيما نحن فيه اي النقل الى الاحرز ظاهر النهاية والتبصرة وموضع آخر من السرائر موافق للغنية حيث قال فيهما او خالف مرسوم صاحبها على ما فهمه المحقق الثاني من هذه العبارة وهو صريح النافع وحواشي الشهيد على ما وجدناه وحكاه عنها الشهيد الثاني وتعليق الارشاد والروضة ومجمع البرهان وكذلك المسالك وكانه ميل اليه في التحرير وايضاح النافع عملاً بمقتضى التعيين ومنع دلالة الموافقة هنا فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها احفظ من بعض والاجماع ممنوع بل لان ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقاً وانت قد عرفت الحال وتعبيرهم بمفهوم الموافقة مسامحة او اصطلاح ويأتي الكلام في القسم الثالث وهو ما اذا عين الموضع له ونهاه عن نقله عنه (قوله) ﴿ فان تلف بالنقل اليه كانهدامه ضمن ﴾ كما في التذكرة قال ولو كان التلف بسبب النقل كما لو انهدم عليه البيت المنقول اليه فانه يضمن لان التلف هنا جاء من المخالفة وفي التحرير بعد ان استشكل في عدم الضمان في النقل الى الاحرز والمساوي قال ويقوى الاشكال لو تلفت بالنقل كانهدام البيت المنقول اليه وفي جامع المقاصد ان الحكم بضمانه بتلفها بانهدام المنزل المنقول اليه مع تجويزه النقل مما لا يجتمعان فان النقل ان استفيد الاذن فيه من

ولا يجوز نقلها الى ادون وان كان حرزا الا مع الخوف في ابقائها في الاول وعدم تمكنه من المساوي ولو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل الى الاحرز والمساوي الا ان يخاف تلفها فيه ولو قال وان تلفت « متن »

كلام المودع فلا ضمان والا ثبت الضمان مطلقاً ومثل ذلك ما في المسالك والرياض مع زيادة وهي نسبة القول بالضمان الى المصنف بمطلق التلف مع انه خصه بتلف مخصوص (وتنقيح البحث) ان المصنف اراد ان ينبه على انها لو تلفت لا بسبب النقل كالموت فانه لا يضمن لانه فعل سائغ لم يستعقب تلفاً ظاهراً بسببه بخلاف التالف بالانهدام فانه بانهدامه ظهر انه ليس مساوياً ولا احرز فلا يكون صالحاً للنقل فلا اذن من المودع في الواقع ومثله مكتري الدابة للركوب لو ربطها في بيت او اصطبل فماتت لم يضمن وان انهدم ضمن لانه تبين انه فرط في ربطها فيه حيث لم يراعه و بقي الكلام فيما اذا سرقت او غصبت من ذلك البيت المنقولة اليه ففيه وجهان (قوله) ﴿ ولا يجوز نقلها الى ادون وان كان حرزاً الا مع الخوف في ابقائها في الاول وعدم تمكنه من المساوي ﴾ كما في التذكرة والتحرير والمسالك والروضة لان التعيين انما افاد تقدير الحرز به فاذا تعذر الشخص (الشخصي خ ل) وجب الانتقال الى المساوي او الاحرز واطلق في المبسوط والشرائع والنافع والارشاد واللمعة ومجمع البرهان والمفاتيح فلا تقييد فيها بعدم تمكنه من المساوي ولعله لان التعيين قد زال وساغ النقل للخوف فيتخير المستودع حينئذ لانه يكون كما لم يعين وقضية كلام الاولين انه لو تمكن من المساوي او الاحرز ضمن مطلقاً وفصل في التحرير فقال ان تمكن ولم يكن حرز مثلها ضمن وان كان حرز مثلها ففي الضمان اشكال فتأمل وقضية كلام التذكرة انه يراعي الاحرز فان تعذر فالمساوي فان تعذر فالادون وقد تشعر بذلك عبارة المسالك والخوف يتحقق بالعلم او الظن المتاخم له او مطلقاً ولو شك او توهم الخوف فنقل ضمن وقد تقدم الكلام فيما اذا نقلها الى الادون من دون خوف ونحوه (قوله) ﴿ ولو نهاه عن النقل من حرز معين (فنقل خ) ضمن بالنقل الى الاحرز والمساوي ﴾ عندنا كما في التذكرة ولا يجوز نقلها الى غيره وان كان احرز اجماعاً كما في التنقيح والمسالك وبلا خلاف كما في الرياض وبه صرح في المبسوط وغيره ووجهه ظاهر وهذا هو القسم الثالث الذي وعدنا به فيما سلف (قوله) ﴿ الا ان يخاف تلفها فيه ولو قال وان تلفت ﴾ اي لا يضمن ان نقلها اذا خاف تلفها فيه وان قال له لا تنقلها وان تلفت كما هو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي التذكرة ايضاً وما يأتي من الكتاب وجامع المقاصد وتعليق الارشاد ومجمع البرهان انه لا يضمن سواء نقلها ام لم ينقلها للاصل في الثاني وهو ما اذا لم ينقل ولان المالك قد يعرض عن ماله ولا يجب على الغير حفظه والسعي فيه اذ ليس ذلك باقل من الاعراض وهو مثل النهي عن نشر الثوب واللبس اللذين تتلف الوديعة بتركهما وفي المبسوط ان الاقوى انه يضمن لانه يلزمه حفظها وكان الحفظ في نقلها وفي التحرير في عدم الضمان اشكال ولعل الشيخ فهم من النهي ان الغرض نوع من الصيانة والاحتياط (وليعلم) انه على تقدير ان الغرض الاعراض تكون بعد النقل امانة شرعية وعلى تقدير ارادة الصيانة والمبالغة في الحفظ تكون وديعة ووجه عدم الضمان اذا نقل عند الخوف وان قال له لا تنقلها بعد الاصل ان النقل جائز وهو محسن مبالغ في الحفظ والصيانة والاصلاح او واجب عليه كما هو احد قوليه في التذكرة وخيرة المبسوط والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وهذا يقضي بان الغرض من النهي عن النقل ولو مع خوف التلف نوع من الصيانة والاحتياط لان ذلك اهمال له واعراض وقضية ذلك انه يضمن وان قال له لا تنقلها وان تلفت كما مر عن المبسوط وقال المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسئلة وفيما يأتي انه ان نهاه او لم ينهه قال له في الاول وان تلفت او لم يقل انها وديعة يجب حفظها لكنه لا يضمن حيث يقول له وان تلفت لان التلف المستند الى عدم النقل مستند الى المالك لانه على وفق قوله ولم يلتفتا

ولو عين له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة فان اخر متمكنا ضمن ولو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق او حرق وجب نقلها الى حرز غيره فاذا تركها والحال هذه ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف او بغيره ولو قال لاتنقلها وان خفت فنقلها من غير خوف ضمن ولو نقلها مع الخوف او تركها لم يضمن كما لو قال اتلفها ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فانكر المالك احتمل تقديم قول المالك لامكان اقامة البينة وقول الودعي لأ نه امينه «متن»

الى المراد من قوله وان تلفت هل هو الاعراض او هو نوع من الحفظ مبالغًا فيه ويأتي الكلام المتقدم في المنقول اليه من اشتراط كونه مساويًا او احرز وعدمه (قوله) ﴿ ولو عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة فان اخر متمكناً ضمن ﴾ كما في الشرائع ونحوه ما في المبسوط والتحرير والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان فلو امره بوضعها في البيت وكان في الدكان فانه يلزمه في الحال ان يحملها الى البيت ولا يعدو بل يمشي على حسب عادته ويدق الباب على جاري العادة وان لم يحملها حين الاخذ واخر عن المبادرة مع التمكن منها وان قل ضمن كما صرح به في المبسوط وغيره لان الواجب عليه وضعها فيما عينه له وذلك شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعًا فلزم وجوب المبادرة الى وضعها فيه والمراد المبادرة بمعنى عدم التأخير وعدم العدو وفي المشي انما تجب على جاري العادة فلان الاطلاق انما يحمل على الامور المتعارفة في العادة فلا يجب عليه العدو والركض ولا يجوز التأخير الخارج عن العادة الزائد عن المتعارف وقد يعطي كلام المبسوط وغيره مما قيد بالامكان انه لا يجوز التأخير لاستكمال وطره وحاجته من بيع او شراء او تدريس او اكل او حمام مما ليس ضروريًا فليتأمل وهل يبقى الضمان مع عدم المبادرة وان وضعها بعد ذلك في المعين وجهان ويراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي وقد مثل الشرعي بما اذا كان في وقت فريضة وقد ضاق بحيث تستلزم المبادرة فواتها (قوله) ﴿ ولو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق او حرق وجب نقلها الى حرز غيره فان تركها والحال هذه ضمن سواء تلفت بالامر المخوف او بغيره ﴾ الغرض من هذه العبارة انه لو وضعها فيما عينه له سواء نهاه عن نقلها وقال وان خفت تلفها لا تنقلها او لم يقل او لم ينهه وعرض احدى الحالات وامكن النقل ضمن لانه مفرط في الحفظ اذ الظاهر انه قصد بالتعيين او النهي عن النقل نوعًا من الصيانة والاحتياط لا انه قصد بالنهي الاعراض فاذا عرضت هذه الاحوال فالاحتياط في النقل لانه مأمور بالحفظ الذي لا يتم الا بالنقل فاذا لم ينقلها كان مفرطًا ضامنًا لها سواء تلفت بالمخوف ام بغيره ويدخل في اطلاق العبارة ما اذا نهاه عن النقل وان تلفت كأن قال له لا تنقلها وان خفت تلفها علمًا او ظنًا لكنه لما ذكره بعده عرفنا انه لم يرد منها (قوله) ﴿ ولو قال لا تنقلها وان خفت فنقلها من غير خوف ضمن ﴾ يدل عليه بالاولوية ما تقدم من الاجماع المعلوم والمنقول في التنقيح والمسالك (قوله) ﴿ ولو نقلها مع الخوف او تركها لم يضمن كما لو قال اتلفها ﴾ هذا ما اخرجه المصنف من اطلاق العبارة المتقدمة وقد تقدم الكلام فيه مستوفى ولعل فيه شائبة التكرار وقد كان يمكن الاختصار ولعل ظاهر كلامه في المقامين انه لم يقصد بالنهي عن النقل وان خاف التلف الاعراض لكن التشبيه قد يقتضيه لكن الظاهر انه لا يخلو في الواقع من احد امرين اما الاعراض او الاجتهاد في الحفظ والصيانة والاحتياط كما مر واحتمال خلوه عن احدهما كاللجاج والعناد بعيد جداً (قوله) ﴿ ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فانكر المالك احتمل تقديم قول المالك لامكان اقامة البينة ﴾ هذا خيرة المبسوط والتذكرة لان المستودع ادعى امراً ظاهراً لا يخفى كالحريق والنهب والغرق فيمكن اقامة البينة عليه بخلاف السرقة والغصب والتلف في يده فانها امور خفية يقبل قوله فيها مع يمينه (قوله) ﴿ وقول الودعي لانه امينه ﴾ ولانه محسن فلا سبيل عليه ولانه انما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه ولان عدم

ولو امره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ولو قال ضعها في كمك فوضعها في جيبه لم يضمن لأنه احرز و يضمن بالعكس ولو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد وعدمه لأنها احفظ من الطرار بالبط اما لو استرخى بنوم او نسيان فانه يضمن فان ربطها امتثالا له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه اغراء الطرار ولا يضمن لو جعله من داخل « متن »

تقديم قوله يفضي الى تنفير الامناء من الوديعة فربما ادى الى تعذر حصولها وان امكان اقامة البينة لا يستلزم توقف القبول على اقامتها كما في دعوى التلف وقد اختاره في المختلف وقواه في جامع المقاصد بل في المختلف انه اشهر ولعله استند في دعوى الاشهرية الى عمومات النص والفتوى فقد روي في الفقيه في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام ورواه ثقة الاسلام والشيخ في الحسن الذي هو كالصحيح عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وهو باطلاقه شامل للغرق وغيره كاطلاقات الفتاوى والا فلم نجد من افتى به قبله في خصوص الفرض غير الشيخ في المبسوط مخالفاً له (قوله) ﴿ ولو امره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ﴾ كما في التحرير والتذكرة مع زيادة قيد في الاخير وهو انه خرج بها بعد وضعها في ثيابه ولا فرق في ذلك بين ان يربطها في ثيابه ويحكم شدها اولا لان البيت احرز لها ولو اودعه في البيت ولم يقل له شيئاً فخرج بها مربوطة في ثيابه احتمل عدم الضمان لانه احترز عليها بالشد والربط وذلك حرز مثلها ولم ينص على حرز بعينه (قوله) ﴿ ولو قال ضعها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمن لانه احرز ﴾ كما في المبسوط والسرائر والتذكرة لانه ربما نسي فسقط الشيء من كمه وفي جامع المقاصد انه يضمن بناء على ما حققه من انه لا يجوز النقل الى الاحرز اذا عين المودع موضعاً وفي التحرير ان جعلها في جيبه الباطن لا يضمن وان جعلها في الظاهر ضمن وفي التذكرة لو انعكس ضمن لا محالة فتأمل (قوله) ﴿ ولو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط ﴾ هذا هو الذي يقوى في نفس الشيخ وابن ادريس ويندرج تحت قوله في الغنية او خالف مرسوم صاحبها وهو خيرة التذكرة وفي جامع المقاصد انه قوي لمكان المخالفة واحرزية الكم لان الانسان قد يسهو ويغفل فتسقط من يده وفي التحرير لو قال اربطها في كمك فجعلها في يده فاخذه ظالم فالاقرب الضمان وفي المبسوط والسرائر والتذكرة فرضت المسئلة فيما اذا قال له اربطها في كمك فجعلها في يده كالتحرير وهما بمعنى (قوله) ﴿ وعدمه لانه احفظ من الطرار بالبط ﴾ لان اليد احرز من الكم لان الطرار يأخذ من الكم ولا يتمكن من الاخذ من اليد وهذا احد النقلين عن الشافعي وحمله بعض اصحابه على ما اذا امسكها باليد بعد الربط بالكم لان كون اليد احفظ انما هو في حال اليقظة اما مع الغفلة والنسيان فلا وذلك من الامور اللازمة فكانت ادون في الحرزية ويلزم على هذا التعليل انها لو تلفت باخذ غاصب لا يضمن ويمكن دفعه بادنى تأمل وقد سمعت ما في التحرير (قوله) ﴿ اما لو استرخى بنوم او نسيان فانه يضمن ﴾ اي حيث يأمره بالربط في الثوب فيضعها في اليد فيسترخي لانها لو كانت مربوطة بالكم ما ضاعت بهذا السبب فالتلف حصل بسبب المخالفة (وفيه) انه اذا كان جائزاً فلا تقصير فلا ضمان وقد يقال ان اليد ليست حرزاً الا في حال اليقظة لان ما فيها يضيع بالنسيان والبسط وما في الكم لا يضيع بهما فاذا حصل الاسترخاء بنوم ونحوه زالت الحرزية وجاء الضمان (قوله) ﴿ فان ربطها امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لانه اغراء للطرار ولا يضمن لو جعله من داخل ﴾ اذا ربطها في كمه بامر المالك فان جعل الخيط الرابط خارج الكم فاخذها الطرار ضمن لان فيه اظهار الوديعة وتنبيه الطرار على ما لم يكن بصدده حيث اعد له الفرصة بسهولة القطع والحل عليه وان ضاع بالاسترسال وانحلال العقد لم يضمن اذا احتاط في الربط وقوة الشد لانها اذا انحلت بقيت الدراهم في

ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت ولو امره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن ولو قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله احدا فادخل قوما ضمن سواء سرقت حال الادخال او بعده سرقها من دخل البيت او غيره ولو قال اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن بخلاف العكس «متن»

الكم وان جعل الخيط الرابط داخل الكم انعكس الحكم فان اخذه الطرار لم يضمن وان سقط بالاسترسال ضمن لان العقد اذا انحل تناثرت الدراهم وقد يقال ان المأمور به مطلق الربط فاذا اتى به وجب ان لا ينظر الى جهات التلف بخلاف ما اذا عدل عن المأمور به الى غيره فافضى الى التلف وقضية هذا التفصيل انه اذا قال له احفظ الوديعة في هذا البيت فوضعها في زاوية منه فانهدمت ضمن لانها لو كانت في زاوية اخرى لسلمت وان هذا لبعيد ويمكن الفرق (قوله) ﴿ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان المالك بوضعه قد عين الحرز فاذا خالف المستودع كان تصرفاً غير مأذون فيه فيضمن وان كان احرز لان في ذلك تغييراً لحال الوديعة الا مع الخوف والحاجة الى النقل بل في التحرير انها في الحقيقة وكالة لا استيداع وبما عرفت يظهر الفرق بين كون الصناديق للمالك او المستودع وكذلك لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك ومثل الصندوق الظرف والخريطة (قوله) ﴿ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت﴾ كما في التحرير فان كان النقل الى ادون في الحرز ضمن وان كان الى مثله او احرز فالخلاف ووجهه في التذكرة بان له تفريغ ملكه ولا يتعين الحفظ فيما وضعه فيه فجاز له النقل وهو قد يقضي بجوازه الى الادون ولو قال هنا كما قال في التحرير ولو نقل من صندوق الى صندوق فالتفصيل فيه كما في البيوت لكان اوجز واجود (قوله) ﴿ولو امره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن﴾ كما في المبسوط والتحرير لانه زادها حرزاً فكان كما لو قال له اطرحها في صحن دارك فادخلها في البيت وقوله قال في المبسوط ومن الناس من قال يلزمه الضمان لانه نبه عليه اللصوص بان فيه مالاً ورده بانه لو قال بلفظه ان فيه مالاً لم يضمن فبالاولى ان لا يضمن بالتنبيه (قلت) قد يجيء على هذا انه لو قيل له هل لفلان عندك وديعة فاخبره فسرقها السائل ان لا ضمان وهو كذلك كما سيأتي من انه لو اخبر السارق بالوديعة لا يضمن فان عين الموضع ضمن وقد يقال ان كتمانها من حفظها فاذا اخبره فقد ترك الحفظ واولى منه ما اذا قال له لا تخبر بوديعتي احداً فخالف واخبر غيره فسرقها المخبر او من اخبره فانه يضمن كما يأتي مثله لافضاء الاخبار الى السرقة وان تلفت بسبب آخر فتدبر (قوله) ﴿ولو قال اجعلها في هذا البيت ولا يدخله احد فادخل قوماً ضمن سواء سرقت حال الادخال او بعده سرقها من دخل البيت او غيره﴾ لو امره بالحفظ في بيت معين ونهاه عن ان يدخل اليه احد أو نهاه عن الاستعانة بالحرسة فخالف فان حصل التلف بسبب المخالفة بان سرقها الذين ادخلهم او الحرسة ضمن قطعاً كما في التذكرة وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد واستشكل في التذكرة فيما لو سرقها غير الداخلين والحارسين او تلفت بحرق او غرق من التفريط بالمخالفة ولولاه لم تضمن بذلك السبب ومن حصول التلف بغير سبب المخالفة ثم قوى الاول وهو الذي قربه في التحرير وهو ظاهر جامع المقاصد وليس ادخال القوم معتبراً في الحكم بل هو جار في الواحد والظاهر اعتبار الشرط فيما اذا نقلها الى المساوي بل والى الاحرز (قوله) ﴿ولو قال اجعل الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن بخلاف العكس﴾ كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وشرط في الاخير في صورة الاصل ان يكون الخاتم متسعاً ينزل الى اسفل قال وان كان ضيقاً يقف عند الانملة ضمن وهو مراد في بقية العبارات وكذا اذا كان وضعه في البنصر مفضياً الى تلفه بالكسر او الفك

ولو لم يعين موضعا وجب حفظها في حرز مثلها او أعلى ولا يضمن بالنقل عنه وان كان الى ادون ولو كانت في بيت صاحبها فقال له احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لامعه (الخامس) التضييع بان يلقيها في مضيعة او يدل سارقا او يقر بها لظالم او يسعي بها الى من يصادر المالك فيضمن ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان « متن »

فانه يضمن لو تلف و ينبغي التقييد في صورة العكس بما اذا كان يبلغ اسفل البنصر والا فاصل الخنصر اوثق منه وهذا كله مبني عَلَى ان النقل الى الاحرز عن المعين جائز اختياراً واما عَلَى القول بعدم جوازه الا عند الضرورة فلا يتأتى ذلك (قوله) ﴿ ولو لم يعين موضعاً وجب حفظها في حرز مثلها او اعلى ولا يضمن بالنقل عنه وان كان الى ادون ﴾ اى ادون من الاعلى لا ادون من حرز مثلها فانه ليس بحرز فالضمير في عنه راجع الى الاعلى و بالاحكام الاربعة صرح في التحرير وهو قضية كلام الاصحاب في مطاوي الباب اذا قصد بنقلها الحفظ والصيانة واما اذا قصد به مع ذلك الاستعمال بالتزين وغيره فالظاهر انه يضمن وان كان النقل الى الاعلى قال في التذكرة فيما اذا اودعه خاتماً ولم يعين له شيئاً فان جعله في الخنصر لم يضمن ان قصد الحفظ لان الخنصر حرز مثل الخاتم وان قصد الاستعمال والتزين به ضمن وهو احد الاحتمالين عند الشافعية واما اذا قصد بالنقل التزين فقط فلا ريب في الضمان عند علماء الاسلام (قوله) ﴿ ولو كانت في بيت صاحبها فقال له احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لامعه ﴾ تقدم الكلام في مثله غير مرة قال في جامع المقاصد لو كانت الوديعة في بيت مالكها فقال له احفظها في موضعها لم يجز له نقلها بحال وان كان الى احرز قولاً واحداً لانه ليس بمستودع في الحقيقة وانما هو وكيل في الحفظ وفي الحواشي ان فيه دقيقة وهي انه لا يشترط كون الحرز للمستودع حالة الايداع (قوله) ﴿ (الخامس التضييع) بان يلقيها في مضيعة او يدل سارقاً ﴾ اي عَلَى مكانها قال في التذكرة ولو اخبر المستودع اللص بالوديعة فسرقها فان عين له الموضع ضمن لانه فرّط في حفظها ولو لم يعين المكان لم يضمن انتهى وقد يقال ان مجرد اخبار السارق موجب لسعيه في معرفة مكانها واخذها فكان سبباً لتضييعها (قوله) ﴿ اواقرّ بها لظالم ﴾ كما في الغنية والسرائر وغيرها وظاهر الاول الاجماع عليه وقضيته ان مجرد الاخبار هنا يقتضي الضمان ولا يفتقر الى تعيين المكان ولا الى غيره واستجوده في جامع المقاصد وفرق بان الظالم اذا علم اخذها قهراً والسارق لا يمكنه الا اذا علم موضعها وقد سمعت الاحتمال (قوله) ﴿ او يسعى بها لمن يصادر المالك فيضمن ﴾ اي يأخذ امواله ولعله كالمستغنى عنه لان المصادر ظالم والسعاية بها اليه اخبار وزيادة ونعم ما قال في التحرير او يسعى بها لظالم فشمل القسمين (قوله) ﴿ ولو ضيع بالنسيان فالاقرب الضمان ﴾ كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد لانه فرّط بالنسيان لقدرته عَلَى التكرار الموجب للتذكار والمشهور ان النسيان كالعذر مقدور ومعناه انه حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها كأن ترك نشر الثوب حيث يفسده الدود بتركه وسقي الدابة مع الضرورة وكذا احرازها ونحو ذلك (ووجه) عدم الضمان قوله عليه وآله الصلوة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد رفع الحكم مضافاً الى الاصل وانه امين فلا يضمن نصاً واجماعاً والمتيقن خروج العامد مع عدم صدق الخيانة والاتلاف كما تقدم بيان ذلك الا ان تقول كما في جامع المقاصد قال ما حاصله المفروض انه ضيع بنسيانه فكان مفرطاً فكانت يده يد عدوان والعدوان موجب للضمان سواء عدّ مقصراً بالنسيان ام لا فان من وضع يده عَلَى مال الغير بغير حق او اتلفه نسياناً ضامن لا محالة (قلت) لك ان تمنع انه يقال له مضيع مفرط عرفاً وفرق بين الودعي المتلف نسياناً وغيره لان الاول دل الدليل عَلَى عدم تضمينه الا ما خرج به وقد يشهد له ما يأتي في المكره والجاهل والغالط والمخطئ كالعامد عندهم في مثل ذلك و يبقى التأمل في

ولو سلمها الى الظالم مكرها استقر الضمان عَلَى الظالم والاقرب انتفاؤه عنه وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الاقرب ذلك ويجوز الحلف كاذبا للمصلحة ويجب التورية على العارف « متن »

كلام جامع المقاصد فكأنه غير ملتئم لانه رتب الحكم تارة عَلَى التفريط واخرى عَلَى الاسباب والظاهر ان بناء الحكم عندهم عَلَى التقصير والتفريط كما هو صريح جماعة وظاهر آخرين ويمنعون كون الناسي غير مفرط بعد ما اشتهر عندهم ان النسيان مقدور ونحوه الغافل والجاهل ويبقى الكلام في الغالط والمخطئ كما اذا اراد ان ينشر الثوب المستودع فغلط ونشر غيره فتلف فتأمل وبناء الحكم عَلَى الاسباب مردود من وجهين لان اخبار الباب اخص منها ولم يعدوا مثلها في باب الغصب اسباباً موجبة للضمان (قوله) ﴿ ولو سلمها الى الظالم مكرها استقر الضمان عَلَى الظالم ﴾ لان تلفها لو فرض وقوعه انما كان في يده (قوله) ﴿ والاقرب انتفائه عنه ﴾ اذا اخذها الظالم منه قهراً فاما ان يتولى اخذها بيده او غلامه من يده او مكانه او يأمره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها اليه كرهاً فان كان الاول فلا ضمان عليه قولاً واحداً وان كان الثاني فكذلك كما هو المشهور كما في المختلف والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام والاشهر كما في الرياض وخيرة السرائر والشرائع والنافع والمختلف والارشاد واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض والمخالف ابو الصلاح فيما حكي عنه وابو المكارم والمصنف في التذكرة والتحرير قال في الغنية في تعداد ما يوجب الضمان وكذا لو اقر بها لظالم يريد اخذها من دون ان يخاف القتل او سلمها اليه بيده او بامره ان خاف ذلك وظاهره الاجماع عليه وقال في التحرير للمالك الرجوع عَلَى من شاء منهما (والوجه) في المشهور انه غير مقصر ويده يد امانة فلا ضمان لانتفاء مقتضيه والاكراه صير فعله منسوباً الى المكره ولأنه محسن فلا سبيل عليه اذ التسليم باذن الشارع عَلَى ان قبضه انما كان لمصلحة المالك فلا يناسب تضمينه بغير عدوان عَلَى ما فيه من سد باب الوديعة (ووجه) القول الآخر انه مباشر لتسليم مال الغير الى غير مالكه ولعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد علمت غير مرة انه مخصوص بالامانات ولعل معنى ضمانه عند هؤلاء انه يجوز له الرجوع عليه وان استقر الضمان عَلَى الظالم ومعنى عدم ضمانه عند المشهور انه لا يجوز له مطالبته والاخذ منه كما افصحت به بعض كلماتهم وكأن ما في المسالك يخالف ذلك فانه جعل معنى عدم ضمانه انه لا يستقر عليه بل يرجع بما غرم عَلَى الظالم وهو كما ترى خال عن التحصيل (وكيف كان) انما ينتفي عنه الضمان ان لم يكن سبباً في الاخذ القهري بان كان سعى بها الى الظالم او اظهرها فوصل اليه خبرها مع مظنته (قوله) ﴿ وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الاقرب ذلك ﴾ كما في التحرير والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة لقدرته عَلَى حفظها به والواجب عليه مطلقاً فيجب ما يتوقف عليه فلو اهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن ويحتمل العدم لما فيه من الضرر ولعل الاولى التفصيل بين الكبير الجليل وغيره (قوله) ﴿ ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ويجب التورية عَلَى العارف ﴾ قد نقل الاجماع في الغنية عَلَى انه يجوز له ان يحلف ان ليس عنده وديعة ويوري وظاهره ان كليهما جائزان وهو ظاهر السرائر والشرائع والنافع والارشاد والتحرير حيث قيل في الاول له ان يحلف ويوري وفي الثاني يجوز ان يحلف موريا وهكذا البقية ولم يفرق فيها بين العارف وغيره ولعل مرادهم العارف وفي صريح اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح انه يجب عليه الحلف وهو ظاهر التبصرة والكفاية وصريح التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انه يجب عَلَى العارف التورية وقد يظهر من اللمعة ذلك من دون تعرض للعارف وقد استدل في جامع المقاصد والمسالك عَلَى وجوبهما بان جواز الحلف كذباً انما يكون حيث يتوقف حفظ الوديعة عليه والحفظ واجب لان ذهاب مال المسلم اشد قبحاً من هذا الكذب وان وجوب التورية عَلَى العارف للتفصي

ولو اكرهه عَلَى التسليم او اليمين فسلم ضمن ولو اكرهه عَلَى التسليم فسلم لم يضمن به فان تمكن من الدفع وجب فان اهمل ضمن ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع «متن»

عن ارتكاب القبيح (قلت) وجوب الحلف حينئذ كأنه واضح الدليل ولا قبح فيه لا انه اقل قبحاً كما ستعرف والا لامتنع النسخ ولعل مراد من عبر بالجواز الجواز بالمعنى الاعم وان الغرض رفع الحجر والحظر لكن وجوب التورية عَلَى العارف انما يتأتى عَلَى القول بان الكذب الواجب باق عَلَى قبحه (وفيه) انه اذا وجب الكذب واليمين لحفظ المعصوم مثلاً او المسلم مطلقاً كان واجباً صرفاً ونفعاً محضاً لا انه قبيح وضرر وجب ارتكابه لان كان اقل قبحاً واخف ضرراً كما قاله سلطان المحققين نصير الملة والدين والمحقق الثاني والشهيد الثاني لانه يلزم منه اجتماع الحسن والقبح والضرر والنفع والمدح والذم والثواب والعقاب في شيء واحد شخصي فيلزم ان يكون في كذبه لانقاذ المعصوم قد فعل محرّماً يعاقب عليه وفعل واجباً يثاب عليه عَلَى ان سلطان العلماء انما التزم ذلك في جواب اعتراض من قال ان الكذب قبيح لذاته فلا رد له بناء عَلَى ذلك الا بذلك (والجواب) عن التناقض بان القبح الذاتي لم ينعدم وانما عرض له شيء قوي عليه فالغي اعتباره كما في ملائم الطبع فانهُ قد يعرض لهُ ما يشينهُ كالمعشوق الملطخ وجههُ بالعذرة فان عاشقهُ ينفر عنهُ مع انهُ كان مشغوفا بهِ يرجع (١) الى الاعتبار ونحوه قولهم ان هذا الجزئي القبيح مندرج تحت كلي حسن فكان احدهما غير الآخر وما نراه من اعتذار الفاعل لذلك فانما هو باعتبار لحِ اصله الذي كان عليه فالقول بان الحسن والقبح يكونان بالذات و بالوجوه والاعتبارات هو الحسن ولعل من قال بوجوبها في الباب وغيره غير المحقق الثاني والشهيد الثاني اراد انها ان قدر عليها ولم يفعلها يكون قد اختار الكذب مع التمكن من الصدق لانهُ لا كذب مع التورية ومن قال بجوازها واستحبابها قال ان الشارع اوجب عليه الكذب والافضل له ان يوري بان يكذب ظاهراً وعند الظالم لا واقعاً (وكيف كان) فلا ريب في رجحانها في كل كذب اذا الجيء اليه وقد فسرت في مجمع البرهان بان يقصد ما يمكن اطلاق اللفظ عليه بقرينة مجاز ان عرف وعلم وفسرت في كتب اللغة بان يكون للفظ معنيان احدهما اشيع من الآخر فتنطق وتريد الخفي ومثلت في الروضة بان يقول والله ما استودعت من فلان و يخصه بوقت او مكان او جنس ونحوها مغاير لما استودع فليتأمل في ذلك وفي جامع المقاصد ان العبارة لاتخلو عن مناقشة حيث تقتضي ثبوت الكذب مع التورية ومعلوم ان لا كذب معها وانت خبير بان هذا مبني عَلَى ان المراد بقوله تجب التورية انها تجب التورية في الحلف كاذباً والظاهر ان الوجوب راجع الى المقيد بدون القيد والقرينة عليه ظاهرة ثم ان التورية لا تخلو عن كذب ظاهراً (قوله) ﴿ولو اكرهه عَلَى التسليم او اليمين فسلم ضمن﴾ كما في جامع المقاصد لان الاكراه عَلَى احد امرين ليس اكراهاً عَلَى احدهما بعينه ومتى سلم الوديعة مختاراً ضمنها وهذه القاعدة مما لا خلاف فيها اذا كان احد الامرين مستحقاً للمكره وعليه دلت الاخبار واما اذا لم يكن احدهما مستحقاً له ففيه اشكال كما لو قال له اقطع هذا او هذا والا قتلتك او طلق احدى زوجتيك واراد منه التعيين لا قول احدى زوجتي طالق كما ذكر واذلك في بابي القصاص والطلاق وربما نفي الخلاف عن تحقق الاكراه فيما لو خيره بين فعل تتوقف صحته عَلَى اختياره وبين تغريم مال ولعل اليمين لما كانت واجبة عليه فيما نحن فيه جرت مجرى المستحق للمكره فليتأمل جيداً (قوله) ﴿ولو اكرهه عَلَى التسليم لم يضمن به﴾ كما تقدم بيانهُ ولعل الاولى تركه (قوله) ﴿فان تمكن من الدفع وجب﴾ كما في الشرائع والنافع والتحرير واللمعة والمسالك والروضة والكفاية وغيرها وفي الرياض انه لا خلاف فيه لتوقف الحفظ الواجب عليه والدفع غير مخصوص بوجه بل بما امكن من وسيلة وغيرها ومنه الاختفاء (قوله) ﴿وان اهمل ضمن﴾ كما هو صريح اكثر الكتب المتقدمة وقضية الاخر (قوله) ﴿ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع﴾ كما في النافع والتحرير وغيرهما

(١) خبر الجواب (منه قدس سره)

(السادس) الجحود وهو موجب للضمان ان كان مع المالك بعد مطالبته لامع مطالبة غيره وفي سوآل المالك اشكال فان لم يقم بينة ولم يعترف فالقول قوله مع اليمين فان اقيمت عليه البينة فادعى الرد او التلف من قبل فان كانت صيغة جحوده انكار اصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها عَلَى الاقوى لتناقض كلاميه « متن »

كالجرح واخذ المال كما في الشرائع واللمعة والكفاية والمفاتيح وقضية هذه ان مطلق اخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمله وان جاز ومما نفي فيه وجوب بذله المال من نفسه الروضة واما جواز ذلك فواضح وقد صرح به في المسالك والروضة والكفاية وفي جامع المقاصد انه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به عَلَى المالك واليه مال شيخنا في الرياض او قال به لوجوب الحفظ ولا يتم الا به والضرر يندفع برجوعه عَلَى المالك اذا لم يتبرع به ولم يمكنه استيذانه والمرجع الى نيته وقوله هذا كله اذا لم يستوعبه واما اذا كان مطلوب الظالم بقدرها مستوعبًا لها ولا يندفع الا به ففي المسالك انه لا يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة (و يبقى الكلام) فيما لو بذلهُ بنية الرجوع فهل يرجع به جميعه او يرجع بجزء منه ينقص عنها اولا يرجع بشيء احتمالات ولعل الاوسط اوسط اذ الفرض عدم امكان ما قصر عن الجميع وغير المأذون في المساوي انما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه لا جميع المبذول عَلَى انه من البعيد ان يرجع بمقدار ما يقصر عن قدرها بدرهم مثلاً ولا يرجع بشيء اصلاً مما يساويها فتأمل جيداً ولو امكنه الدفع عنها ببعضها فان لم يستوعبها وجب دفعه اليه من باب المقدمة فلو ترك مع القدرة فاخذ الجميع ضمن ما يمكن فيه السلامة لا الجميع لان مقدار المدفوع ذاهب عَلَى التقديرين كما في المسالك والروضة والكفاية والرياض واحتمال ضمان الجميع ضعيف اذ لا وجه له الا انه فرط فكان كما لو فرط فيها فتلفت بغيره مع انها ذاهبة عَلَى التقديرين مع الفرق بين التقديرين فيما نحن فيه فانه في الاول بامر الشارع و بتفريطه في الثاني (وفيه) ان التفريط ليس الا فيما زاد لحصول اليقين باخذه الجميع و به يظهر الفرق بينهُ و بين المثال مضافًا الى اصل البرائة وانه امين فليتأمل واما الضرر بغير المال فيختلف باختلاف الاحوال فرب رجل تكون الكلمة اليسيرة من الاذى كثيرة في حقه وكم من رجل ليس كذلك (قوله) ﴿ السادس الجحود وهو موجب للضمان ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح تصريحًا في بعضها وظهوراً في بعض واشارة في آخر وفي المبسوط في باب العارية انه لا خلاف في ذلك ووجه ايجابه الضمان انه لما جحد خان لانه بجحوده يزعم ان يده عليها ليست بنائبة عن المالك فلا تكون امينه ومثل جحود الوديعة جحود العارية كما يأتي (قوله) ﴿ ان كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ﴾ يعتبر في تحقق الضمان بالجحود امور ان لا يظهر بجحوده عذراً بنسيان ولا غلط و يصدقه المالك وان لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بان يقصد دفع ظالم للمالك او نحو ذلك والثالث ان يكون بعد طلب المالك لها منه فلو جحدها ابتداء أو عند سؤال غيره لم يضمن لان الوديعة مبنية عَلَى الاخفاء فانكاره لها حينئذ اقرب الى الحفظ (قولهُ) ﴿ وفي سوآل المالك اشكال ﴾ كما في التحرير وكذا الكفاية حيث قال فيه وجهان من دون ترجيح ورجح في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك الضمان وهو قضية كلام الحواشي وعدمه في التذكرة (وجه الاول) ان جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث انه لازمه فلا يكون امينًا عنه فيضمن (ووجه الثاني) انه لم يمسكها لنفسه ولم تقر يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة بخلاف الطلب (قوله) ﴿ فان لم يقم بينة ولم يعترف فالقول قوله ﴾ اي مع يمينه كما في التذكرة واللمعة والروضة لاصالة البرائة (قوله) ﴿ فان اقيمت عليه البينة فادعى الرد او التلف من قبل فان كان صيغة جحوده انكار اصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها عَلَى الاقوى لتناقض كلاميه ﴾ كما هو

وان كانت صيغة الجحود لايلزمني شيءٌ قبل قوله في الرد والتلف مع البينة و بدونها في الاخير وفي الاول عَلَى رأي « متن »

صريح المبسوط وجامع المقاصد وقضية كلام الشرائع واللمعة والروضة لكن المصنف سيستشكل في ذلك عن قريب وفي مضاربة الكتاب والشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية انه لو انكر الوديعة والقراض ثم ادعى التلف بعد الاقرار او البينة ضمن ولم تقبل دعواه وفي وكالة الكتاب والتذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد ان الوكيل لو انكر قبض الثمن ثم ثبت ببينة او اعتراف فادعى الرد او التلف لم تسمع بينته وفصل في وكالة الارشاد فقال ان ادعى تلفاً او رداً قبل الجحود لم يقبل قوله ولم تسمع بينته لانه اكذب دعواه الجحود ولو ادعى الرد بعد الجحود سمعت دعواه و بينته وهذا له معنيان احدهما ولعله هو المراد انه ادعى بعد الجحود انه قبض ورد ولكن ينافيه تعليله بالخيانة وتمام الكلام في الوكالة والمراد هنا ان الودعي اقام البينة قبل حلفه ومعنى تناقض كلامه انه بقوله ما اودعتني انكر ان يكون هناك وديعة تلفت فاذا شهدت البينة بتلفها فقد شهدت له بشيءٍ قد انكره وقال الشهيدان ان اظهر لانكاره تأويلاً قبل كان يقول ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها او ضمانها او نحو ذلك ونقل في المبسوط تفصيلاً عن قوم وقال انه قريب وهو ان شهدت بينته بالتلف بعد انكاره وجحده لم تسمع وان شهدت بانها تلفت قبل الانكار سمعت لان الوديعة الى حين تلفها كانت عَلَى امانته وظهر بان الجحود لا يقدح في امانته انتهى واختاره في التذكرة وفيه نظر واضح وقد سمعت ما في الارشاد وقال ابو علي كلاماً حاصله ان دعواه التلف تسمع من غير بينة فاذا حلف سقط الضمان لان انكاره يجوز ان يكون عن سهو ونسيان ورده في المختلف بانه بانكاره مكذب لدعواه اي والاصل عدم النسيان عَلَى انه لم يدعه وان ادعاه وكان من التأويل الممكن سمع وقال في المختلف والتذكرة نعم لو طلب احلاف الغريم كان له ونظر فيه في جامع المقاصد بان المقتضي لمنع سماع بينته هو تكذيبه لدعواه وهو قائم فلا تتوجه اليمين وهو كلام متين وهو احد وجهي الشافعية الا ان يقال لعل الغريم يقر فينتفع واقرار الغريم ينفعه وان كانت بينته اي المستودع لا تنفعه لان الغريم اذا رجع عن التكذيب سمع وليعلم انه حيث يدعي التلف يصدق كالغاصب ويكون ضامناً مثله (قوله) ﴿ وان كانت صيغة الجحود لا يلزمني شيءٌ قبل قوله في الرد والتلف مع البينة وبدونها في الاخير وفي الاول عَلَى رأي ﴾ هذه الصيغة لا تنافي حصول الايداع بخلاف الاولى فتقبل بينته عَلَى الرد او التلف بلا خلاف عَلَى الظاهر وتثبت بيمينه دعواه التلف لانه امين ولا يناقض قوله البينة لامكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة عنده وهو الذي عناه بقوله في الاخير ولا فرق بين ان يكون التلف بامر ظاهر اوخفي عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الاجماع في مجمع البرهان وخالف الشيخ في المبسوط ففصل والصدوق في المقنع فقدم قوله من دون يمين كما يأتي بيان ذلك كله ان شاء الله تعالى وهل تثبت دعواه الرد بيمينه وهو الذي عناه بقوله في الاول لا اجد فيه خلافاً اي ثبوتها به بعد التتبع في المسئلة وفيما يأتي وان حكاه اي الخلاف في جامع المقاصد بل حكى جماعة الاجماع عليه والشهرة اخرون فيما يأتي اعني ما اذا ادعى المستودع الرد وانكر المالك وانما استشكل فيها المصنف في الكتاب والتذكرة كما يأتي مع انهُ في التذكرة جزم به بل فيما نحن فيه وقد حكيت الشهرة عليه فيما نحن فيه في الايضاح والحواشي واختاراه فيهما وحكياه عن المبسوط وهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وقضية كلام اللمعة والروضة (والحاصل) انه لا فرق بين مسئلتنا و بين ما اذا ادعى المستودع رد الوديعة وانكر المالك والاجماعات المؤيدة بتطابق الفتاوى والشهرات والاخبار الناهية عن رمي الامين بالتهمة وانه محسن لا سبيل عليه والضمان سبيل وان المالك يجعله بدعواه مفرطاً بل متعدياً والاصل عدمه تخصص الاصل وعموم الخبر المشهور البينة عَلَى المدعي عَلَى ان الاصل معارض باصل عدم التعدي واصل برائة الذمة من الضمان واصل بقاء الامانة وهذا اذا ادعى ردها عَلَى من ائتمنه او

ولو اقرر بهاله بتلفهاقبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع بينته بذلك اشكال نعم تقبل لو شهدت بالاقرار (الفصل الثالث) في الاحكام يجب عَلَى المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح « متن »

وكيله اما لو ادعاه عَلَى الوارث فكغيره من الامناء يكلف بالبينة لاصالة عدمه وهو لم يأتمنه وقد نفى في ذلك كله الخلاف بعضهم وتمام الكلام يأتي عند تعرض المصنف له (قوله) ولو اقر ر بهاله بتلفهاقبل الجحود من الحرز فلا ضمان الظاهر كما قال في جامع المقاصد ان هذا من تتمة احكام الشق الاول اعني الصيغة الاولى بدليل ما يأتي من تردده في سماع البينة وفي الصيغة الثانية لا يتأتى ذلك وانما قيد الاقرار بكون التلف قبل الجحود لانه بدون ذلك لا يسقط الدعوى لان التلف بعده يقتضي الضمان وكذا التقييد بكونها في الحرز (قوله) وفي سماع بينته بذلك اشكال في الايضاح وجامع المقاصد ما حاصله انه ان كان المشار اليه بذلك الاقرار حتى يكون المعنى انه لو ادعى اقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود واقام بذلك بينة عَلَى الاقرار ففي سماعها اشكال فيكون منشأ الاشكال من انه لا تسمع بينته بالتلف فلا تسمع بالاقرار به مع انه اضعف من البينة ومن ان اقرار العقلاء عَلَى انفسهم جائز فكان موجباً لزوال الضمان ولم ينكر المستودع الا قرار اولا لكن ذلك ينافي منافاة صريحة قوله بعد ذلك متصلاً به نعم تقبل لو شهدت بالاقرار كما في جامع المقاصد وفي الايضاح انه ينافي ذلك ظاهراً فوجب ان يكون المشار اليه بذلك هو التلف فيكون تكريراً للمسئلة المتقدمة في قوله ولا معها عَلَى الاقوى لتناقض كلاميه وانما كررها لانه اولا قد قوى عدم السماع ثم تغير اجتهاده فاستشكلها هنا لان البينة حجة يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه ومن ان سماعها فرع سماع الدعوى وهي غير مسموعة لتكذيب المدعي اياها وزاد في جامع المقاصد وجهاً آخر في تكريرها وهو الفرق بين الاقرار والبينة حيث ان الاقرار يمضي وان كذبه المقر له اذا رجع الى التصديق لما سيأتي في الاقرار ان شاء الله تعالى وقال في جامع المقاصد والاصح عدم سماع البينة لانها كاذبة باعتراف المدعي فلا تكون حجة عَلَى المدعى عليه وما ذكره في الاقرار متجه وان كان يرد عليه ان دعوى الاقرار ينبغي ان لا تسمع ايضاً للتكذيب وهذا تحقيق رشيق وان كان فيما يرد عَلَى الاقرار تأمل ولم يزد الشهيد عَلَى ان بين الاشكال بنحو ما ذكر

الفصل الثالث في الاحكام

(قوله) يجب عَلَى المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح كما في الشرائع والنافع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وعلل في الخمسة المتأخرة بان الشارع لم يحد لها حداً فيرجع الى العادة في الحفظ لمثل تلك الوديعة وهو معنى قوله في المبسوط والتذكرة يلزمه ان يحفظها في حرز مثلها ولم يتعرض لذلك في التحرير ونعم ما قاله قدماء اصحابنا كالمفيد في المقنعة والشيخ في النهاية وابو المكارم في الغنية وابن ادريس في السرائر قالوا يجب عليه حفظها بعد القبول كما يحفظ ماله ومعناه ان ضابطه ان لا يكون عرفاً مقصراً في حفظها ومعياره ان تكون كماله ويرشد اليه قولهم عليهم السلام في اللقطة اجعلها في عرض مالك ولعله اسد اذ قضية كلام المتاخرين انه يجب عليه حفظها بما جرت به العادة فالدابة في الاصطبل والدراهم في الصندوق مثلاً وانه لا فرق في وجوب الحفظ كذلك بين علم المودع بان المستودع قادر عَلَى تحصيل الحرز وعدمه فلو اودعه دابة مع علمه انه لا اصطبل له اودراهم مع علمه انه لا صندوق له ونحو ذلك لم يكن عذراً وقد صرح بذلك في المسالك والروضة والرياض ويلزم من ذلك انه يلزمه ان يبني لها اصطبلا او يضعها في اصطبل جاره ويقيم عندها في ليله ونهاره والا ضمنها وعَلَى ضابط

و يجب عليه ردها متى طلب المالك وان كان كافراً «متن»

القدماء لا يجب عليه تحصيل الاصطبل والصندوق بل يحفظها كما يحفظ فرسه ودراهمه من انواع الحفظ وقد فرّع ايضاً في التذكرة والمسالك والروضة انه لا بد من كون الحرز محرزاً عن غيره بان لا يدخل الى البيت غيره وان لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد اخرى لعدم اعتبار مثله في الحفظ عادة وقضية كلام المتقدمين ان المعتبر احرازه عمن يخاف منه فقط لا عن الزوجة والولد والوالد اذا كانوا امناء كما استمرت عليه السيرة من العلماء وغيرهم والا لما صح له ان يبارح قعر بيته ساعة ولا اقل من ذلك مع انه محتاج الى تحصيل المعاش والخروج للصلوة وغيرها بل قد تقول ان العادة قاضية بذلك و به قطع في الرياض واستظهره في مجمع البرهان (ومنه يعلم) صحة ما قلناه فيما مرّ من انه يصح تسليم الدابة للعبد والصاحب واخراجها للسقي وتسليمها للراعي ونحو ذلك وان كان ظاهر كلامهم خلافه وقد يكون المراد من ضابط المتأخرين ما اراده المتقدمون ولولا تلك التفريعات وبالعكس يشتد الخطب و يعظم الامر وزاد الشهيد الثاني انه لا بد من كون الصندوق مقفلاً مع كونه في بيت محرز عن الغير ومن كون الاصطبل مضبوطاً بالغلق والشاة في المراح كذلك او محفوظاً بنظر المستودع لان هذه الثلاثة مما جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر وقال وقد تفتقر الى امر آخر ككون الصندوق كبيراً لا ينتقل عادة بحيث يمكن سرقته كذلك مقفلاً وهكذا القول في الاصطبل والمراح وقال وقد يقوم غيرها مقامها عادة كوضع الدابة في بيت السكنى والشاة في داره ونحو ذلك (قلت) وهذا الذي اراده المحقق بقوله او ما يجزي مجرى ذلك وفي مجمع البرهان ان في بعض الامثلة تاملا اذ الدراهم والثياب لا تحفظان دائماً في الصندوق (قوله) ﴿ و يجب ردها مع طلب المالك ﴾ للكتاب والسنة والاجماع كما في المفاتيح و بلا خلاف كما في الرياض وهو كذلك وفي التذكرة والمسالك والروضة والكفاية انه يجب عليه ردها في اول اوقات الامكان وبالفورية ايضاً صرح في التنقيح وايضاح النافع وغيرهما وفي مجمع البرهان كانه اجماع والوجه فيه القاعدة المقررة من وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه اذنه والمطالبة بالردّ تقتضي انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به الرد نعم اذا انضم الى المطالبة ما يدلّ على التوسعة من عرف اوعادة فلا فورية في الوجوب وهل يجوز له التأخير للاشهاد مطلقاً اولا كذلك او ان كان وقت الدفع اشهد عليه فالاول والا فالثاني اقوال واحتمالات اختار ثالثها في التذكرة واستجوده في المسالك وفي الكفاية ان الاول لا يخلو عن قوة دفعاً للضرر والتهمة وهو خيرة وكالة التذكرة لكن تجب المبادرة الى الاشهاد والثاني احد وجهي الشافعية لان قوله في الردّ مقبول والمراد بردها رفع يده عنها والتخلية بينه و بينها كما في التذكرة والمسالك والروضة وما يأتي في جامع المقاصد وليس عليه تحمل مؤنتها كما صرح به في الاول (قوله) ﴿ وان كان كافراً ﴾ هذا هو المشهور وقد اطلق الاصحاب ذلك كما في المختلف والمشهور كما في جامع المقاصد والمسالك ولا نعلم فيه مخالفاً غير الحلبي كما في المسالك ايضاً والاشهر كما في الكفاية وفي الرياض ان قول الحلبي شاذ (والحجة) عليه بعد الاجماع على الظاهر اطلاق النصوص والفتاوى (وروى) الفضل عن الرضا عليه السلام قال سئلته عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر ان لا يعطيه شيئاً والمودع رجل خارجي شيطان فلم ادع شيئاً فقال قل له يرد عليه فانه ائتمنه بامانة الله وقد استدل على الحكم به في جامع المقاصد وغيره ومثله رواية حريز في رد وديعة قاتل امير المؤمنين عليه السلام وتمام الكلام مستوفى في باب القضاء وعن ابي الصلاح انه ان كان المستودع حربياً وجب على المستودع ان يحمل ما اودعه الى سلطان الاسلام العادل واستحسنه في التنقيح ولا تنافيه رواية الفضل لان الخارجي بمظهر كلمة الاسلام حرام المال الا وقت

فان اخر لغير عذر ضمن ومعه لاضمان وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمام او عَلَى طعام عذرا ولو قال رد عَلَى وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال « متن »

الحرب ولا كذلك الحربي وقد يظهر من المختلف انه استدلوا بها عَلَى رد الحلي (قوله) ﴿ ولو اخر لغير عذر ضمن ومعه لاضمان ﴾ كما صرحت به كلمات اكثرهم وهي صريحة في ان المراد بالتأخير مطلق التأخير ولو كان قليلاً عملاً بالقاعدة وليس كتأخير الشفعة عرفياً والعذر العقلي واضح والعذر الشرعي كاكمال الصلوة وان كانت نافلة كما في الروضة لكن صريح التذكرة في آخر كلامه وقضية كلام جامع المقاصد انه يقطع النافلة واما العذر العادي كانتظار المطر المانع ونحوه فقضية كلام التذكرة او صريحها انه ليس عذراً وخالف في ذلك في الروضة والمسالك وستسمع ما في التحرير (قوله) ﴿ وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمام او عَلَى طعام عذراً ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وعدها في التحرير اعذار او زاد الاهمال ليهتضم الطعام وفي المسالك والروضة والكفاية فيه وجهان وحكم في موضع من وكالة التذكرة بان هذه اعذار ووافقه عَلَى ذلك يحيى ابن سعيد في وكالة الجامع والمحقق الثاني في وكالة جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والروضة وينبغي ان يكون هنا اولى اذ هو الموافق لشرعية الوديعة (قوله) ﴿ ولو قال رد عَلَى وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ﴾ كما في التحرير والتذكرة لان حكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يرد الا انه له هنا التأخير حتى يشهد عَلَى الوكيل لان الوكيل لو انكر الدفع سقط بيمينه وذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم عَلَى احد الاقوال في المسئلة اذ لعل الخصومة تكون عند مجتهد يرى ذلك ومعنى الرد ما سبق من رفع اليد والتخلية هذا ولو صدق مدعي الوكالة فان له ان يمتنع كما نص عليه جماعة لانه تصديق في حق الغير نعم يجوز له تسليمها اليه ويضمن ان انكر المالك ولا كذلك الدين فان الاجود انه يجب عليه التسليم (قوله) ﴿ ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال ﴾ وفي التحرير قرب الضمان عَلَى اشكال ونحوه ما في التذكرة واستوجهه في الايضاح وجامع المقاصد الضمان (وينبغي) تحرير معنى الرد في قوله وتمكن من الرد لاجائز ان يكون بمعنى الحمل لانه لا يذهب اليه ولا يجب عليه الضمان ان لم يحملها اليه فلا وجه لجعله احد وجهي الاشكال في الايضاح ولا ان يكون بمعنى التخلية لانه قال في جامع المقاصد لانه لا معنى للاشكال حينئذ في الضمان بل يجب القول بالضمان قطعاً (قلت) القطع ليس في محله والاشكال متجه ينشأ من عدم طلب الوكيل والمفروض علمه بذلك ولا تجب عليه التخلية الا عند الطلب كما هو قاعدة الوديعة وامر المالك لم يتضمن طلب الوكيل ومن ان المالك امر بالتخلية بينها وبين الوكيل فلم يفعل فكأنه قد انعزل او ان الامر تضمن الطلب (وفيه) ان التخلية معناها لغة الترك كما في الصحاح والقاموس وعرفاً رفع المانع ورفع يده كما طفحت به عباراتهم في باب القبض وزاد في المسالك الاذن فيه وكل ذلك لا يتحقق في الوديعة الا عند الطلب والا لزم ان يلقيها في مضيعة او يحملها اليه او يذهب اليه ويقول له هلم فخذ وديعة موكلك ولا شئ منهما بواجب عليه للاصل وغيره وان كان المراد من الرد الاعلام اذا لم يكن قد علم بمعنى اعلم وكيلي باني امرتك بان تدفعها اليه وان تظهر التخلية بينها وبينه وبعبارة اخرى كأن يقال اراد تخل بينها وبينه والتخلية لا تكون الا باعلامه فرجع بالاخرة الى ارادة الاعلام بالللازم فيكون الرد بمعنى التخلية المستلزمة للاعلام ولعله اقرب الى اللفظ وهو مبني عَلَى ان الامر يستلزم العزل وانها تصير في يده امانة شرعية كالثوب يصيره الريح في داره كما يرشد اليه آخر كلامه والى هذا المعنى اشار في الايضاح قال قال المصنف في منشأ الاشكال انه لما امره بالدفع الى وكيله فكأنه عزله فيصير ما في يده كالامانات الشرعية كالثوب تطيره الريح الى داره وفيه وجهان احدهما ان تمتد الامانة الى المطالبة واظهرهما ان تنتهي بالتمكن من الرد فبنى هذا عَلَى ان الامر بالرد عَلَى الوكيل هل هو عزل او طلب

وكذا كل امانة كالثوب تصيره الريح في داره فان رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو انكر بخلاف التقصير في ترك الاشهاد عَلَى قضاء الدين لان مبنى الوديعة عَلَى الاخفاء « متن »

فينزل بمنزلة قوله اعطني انتهى وهو حاصل ما في التذكرة ولا يخفى ما في كلامه من التعبير بالدفع والفرق بين العزل والطلب وقد تقدم ان الطلب يقضي بانقطاع الاذن وهذا لم يذكر في التذكرة فتأمل وقال في جامع المقاصد ان كان المراد بالرد وجوب الاعلام لو لم يكن قد علم بامر المالك فهو محتمل وليس ببعيد القول بوجوب ذلك لان الامر يتضمن العزل وعَلَى هذا يكون منشاء الاشكال من التردد في المعزول عن الوديعة هل هو مأمور بالرد عَلَى الفور او وقت المطالبة كما في الثوب الذي اطارته الريح الى ان قال والمعتمد الضمان لان اثبات اليد عَلَى مال الغير موقوف عَلَى الاذن الا فيما اقتضته الضرورة وهو ما قبل التمكن من الاعلام والتخلية وهذا كله اذا لم تدل القرينة عَلَى عدم العزل انتهى فقد نفى البعد عن وجوب الاعلام وجزم بان الامر يتضمن العزل وكلاهما في محل التأمل ثم ان المعزول عن الوديعة ومن اطارت الريح الثوب الى داره لا يجب عليه الا التخلية في الاول اذا كان هو العازل له والاعلام في الثاني ان لم يعلم كما تقدم ويأتي وقال الشهيد يرجع الى قرائن الاحوال في تعجيل الرد فان دل اللفظ عَلَى الاتصال مطلقاً من دون تأخير ضمن والا توقف عَلَى الطلب حسب وقد بين وجها الاشكال في الكتب الثلثة في اول كلامهم بوجوه مختلفة فليقف عليها من ارادها وكيف كان فالظاهر عدم الضمان باي معنى فسر الرد وكأن كلامهم غير محرر لمنافاته لكلامهم الآخر في مواضع اخر فيما مضى ويأتي (قوله) ﴿ وكذا كل امانة كالثوب تصيره الريح في داره ﴾ اي يجيء ذلك الاشكال السابق في الضمان اذا تمكن من الرد فلم يرد قال في جامع المقاصد ونعم ما قال هذا اذا كان المراد من الرد اعلام المالك والتخلية بينه و بينه رجوع عما سبق من الجزم الى التردد وان كان المراد حملها اليه ففيه ما سبق من الاشكال فان ايجاب ذلك بعيد (قوله) ﴿ فان رد عَلَى الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو انكر بخلاف التقصير في ترك الاشهاد عَلَى قضاء الدين لان مبنى الوديعة عَلَى الاخفاء ﴾ هذا التفصيل خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير ووكالة الشرائع عَلَى تردد في الاخير وحكى في المسالك والكفاية القول بوجوب الاشهاد فيهما اي الدين والوديعة فان فعل ولم يشهد فانكر المدفوع ضمن وهذا لم نجده لاحد من اصحابنا في الباب ولا باب الوكالة ولا الضمان ولا الرهن وحكى فيهما ايضاً القول بانه لا يجب الاشهاد فيهما وقد مال الى هذا في المختلف او قال به وهو خيرة وكالة مجمع البرهان وستسمع ما نحكيه من كلامهم في باب الرهن وقد نص في الشرائع ووكالة الارشاد والكتاب واللمعة وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان وغيرها عَلَى عدم الضمان في الوديعة اذا لم يشهد واستشكل في وكالة التذكرة وكذا التحرير ونص عَلَى الضمان في الدين اذا لم يشهد في وكالة المبسوط والتحرير والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد ووكالة اللمعة والروضة وضمان الكتاب وجامع المقاصد واستشكل في وكالة الكتاب ومثل الدين تسليم المبيع (وقضية) كلامهم انه يضمن بترك الاشهاد مطلقاً حتى لو كان الاداء بحضرته الى الموكل وقد قيده بعضهم بما اذا لم يكن بحضرته وفي رهن الكتاب لوادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله عَلَى اشكال وقد قيل بالقبول في ذلك في الايضاح والحواشي وجامع المقاصد وقال في الايضاح هناك ان الاشكال في مسئلتين احداهما ان الوكيل في الدفع اذا دفع من غير اشهاد هل يكون ضامناً ام لا وقال ايضاً في الرهن فان رجع عَلَى الراهن لم يرجع عَلَى العدل ان كان الدفع بحضرته او بينة غابت والا رجع عَلَى اشكال وحكينا هناك عن المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح انه يرجع وقد استدل في التذكرة عَلَى تفصيل الكتاب هنا بوجهين (الاول) ان الوديعة امانة وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد

واجرة المسكن ان احتاجت ومؤنة الرد عَلَى المالك وان قلت « متن »

وقد يكون اراد بالمستودع الوكيل ايضاً لانه مستودع ايضاً وقوله مقبول فلا يؤثر عدم الاشهاد في تغريمه فتأمل (والثاني) ما ذكره هنامن ان الودائع حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين ومنه يفهم ان الوكيل في الايداع لا يجب عليه الاشهاد كما صرحوا به وزاد في جامع المقاصد (ثالثاً) وهو ان المطلوب بقضاء الدين انقطاع مطالبة المدين للمديون وبرائة ذمته وذلك موقوف عَلَى الاشهاد والمطلوب في الوديعة ايصال الحق الى مستحقه و يد الوكيل يد الموكل فكما لا يجب الاشهاد عند الدفع الى المودع لا يجب عند الدفع الى الوكيل بل ربما يقال ان نافى ذلك الفورية عد به ضامناً ولا يخفى عليك الفرق بين الوجوبين في كلامه وكذا كلام غيره فلا تغفل (ووجه) القول بوجوب الاشهاد فيهما والاضمن ان كان قولاً نعم هو احد وجهي الشافعية ان اطلاق الاذن يقتضي دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع اليه عند الحاجة فاذا ترك فقد قصر ولعل اطلاقه يقضي بالضمان ولو اقر في الوديعة ولعله مقيد بما اذا لم يقر كما ستسمع (ووجه) عدم الوجوب فيهما ان المأمور به هو الدفع ولا دلالة في مطلق الامر عَلَى الاشهاد فيحصل الامتثال بدونه ولعل الظاهر عدم الضمان اما في الوديعة فظاهر واما في الدين فلانه وكيل فهو امين وظاهر حاله اداء الامانة ولانه لولا ذلك لادى الى عدم قبول الوكالة فيفضي الى الضرر وسيأتي ان شاء الله تعالى في الوكالة ان الوكيل اذا ادعى الرد كان القول قوله مع يمينه اذا لم تكن الوكالة بجعل فتأمل وفي جامع المقاصد ان في قول المصنف فلا ضمان لو انكر مناقشة لانا لو قلنا بالضمان وعددناه مقصراً اوجبناه عَلَى كل حال سواء انكر او اقر وامتنع من التسليم او تلفت العين في يده فانه عَلَى كل واحد من التقديرات يرجع عَلَى المستودع (قلت) لعل المناقشة في غير محلها لان غرضه بيان محل الضمان غالباً (قوله) ﴿ واجرة المسكن ان احتاجت ومؤنة الرد عَلَى المالك وان قلت ﴾ قد تقدم انه قال في التذكرة انه لا يجب عليه مباشرة الرد ولا تحمل مؤنته وان ذلك عَلَى المالك وهو الموافق لاصول المذهب والاستيداع وان اقتضى وجوب الحفظ لكن لا يجب عَلَى المستوع ان يبذل من ماله ما جرت العادة ببذل المالك في مقابله مما يتوقف عليه الحفظ من اجرة المسكن وثمن العلف واجرة السقي ان كان له اجرة واجرة الراعي واجرة نشر الثوب بل يجب ذلك عَلَى المالك وهل يجب عليه دفع اجرة المسكن ونشر الثوب من ماله اذا احتيج الى ذلك ثم يرجع به عَلَى المالك او لا يجب عليه ذلك احتمالان كما تقدم في مصانعة الظالم اما ثمن العلف واجرة السقي فقد تقدم وجوب ذلك لمكان احترام الحيوان ولو كان المسكن للمستودع او تولى شيئاً من الاعمال التي جرت العادة ببذل الاجرة في مقابلها مما لا بد منه فالظاهر انه يرجع باجرته ايضاً كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد (والضابط) في ذلك كله انه يطالب به المالك فان امتنع او لم يوجد وجب الرجوع الى الحاكم ومع عدمه فالاشهاد ومع تعذره يرجع اذا بذل غير متبرع عَلَى ما سبق ﴿ فروع ﴾ يناسب ذكرها في المقام ذكرها في التذكرة (الاول) لو تعدى في الوديعة وبقيت في يده مدة لزمه اجرة مثلها عن تلك المدة لانه صار كالغاصب عليه عوض المنافع (الثاني) لو دخل خاناً فجعل حماره في صحن الخان وقال للخاني احفظه كي لا يخرج فخرج في بعض غفلاته فالاقرب الضمان لانه قصر في الحفظ بالغفلة (قلت) وكذلك الحال في الثياب بالنسبة الى الحمامي (الثالث) لو خاف الغرق او الحريق او السلب فبادر الى نقل امتعته قبل الودائع فغرقت او احترقت او سلبت فلا ضمان كما لو لم يكن عنده الا الودائع فاخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله (الرابع) اذا دفع الى رجل خاتماً ونحوه ليمضي الى وكيله علامة و يقبض منه شيئاً وقال اذا قبضته رد الخاتم علي فقبض ولم يرد الخاتم فقد قرب في التذكرة اولا الضمان ثم احتمل العدم لانه ليس عليه الرد ولا مؤنته (الخامس) اذا دفع قبالة الى غيره وديعة ففرط فيها فانما يضمن قيمة الكاغد مكتوباً ولا شيء عليه مما في القبالة (السادس) لو دفع اليه وثيقة وديعة وقال لا تعطها لزيد حتى

نعم لو سافر بها بغير اذنه او بغير ضرورة كانت مؤنة الرد عليه ولو كان المودع غاصباً لم يجز رد الوديعة اليه بل الى مالكها ان عرف ولو جهل عرفت سنة ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان وان شاء ابقاها امانة ابدا من غير ضمان « متن »

تأخذ منه ديناراً فردها اليه قبله ضمن قيمة القبالة مكتوبة واجرة الكاتب وينبغي التأمل في اجرة الكاتب (قوله) ﴿ نعم لو سافر بها بغير اذنه او بغير ضرورة كانت مؤنة الرد عليه ﴾ لانه غاصب بخلاف ما اذا اقتضت الضرورة ذلك (قوله) ﴿ ولو كان المودع غاصباً لم يجز رد الوديعة اليه بل الى مالكها ان عرف ﴾ قد ذكر ذلك في المقنع وجميع ما تاخر عنه الا المبسوط والتحرير واللمعة فلم يتعرض فيها لها ولا فرق بين الغاصب والسارق وغيره وبالجملة الظالم وما في معناه ولو لم يمكن منعه او كان يخاف منه اذا منعه جاز له ردها عليه كما في المقنعة والتذكرة وغيرهما وعليه نبه في النهاية وغيرها واما الضمان ففي المسالك ان الذي تقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على ايهما شاء وان كان قرار الضمان على الغاصب (قلت) الذي تقتضيه قواعد الوديعة ان لا رجوع له عليه وقد تقدم مثله فيما اذا اكرهه الظالم على دفعها اليه (قوله) ﴿ ولو جهل عرفت سنة ثم تصدق بها عن المالك مع الضمان وان شاء ابقاها امانة ابداً من غير ضمان ﴾ قال في جامع المقاصد هذا هو المشهور ومستنده رواية حفص ابن غياث (قلت) الرواية والفتوى لم تتضمنا انه ان شاء ابقاها امانة بل قضيتهما وجوب التصدق بها نعم استجود ذلك في المسالك وكلام النهاية في اللقطة والارشاد في مقام آخر ستسمعه وعلى ذلك اي تعريفها سنة ثم التصدق بها عن المالك مع الضمان نقلت الشهرة في المسالك والكفاية والرياض والمفاتيح وبه صرحت عبارة النهاية في الباب والشرائع والنافع وكشف الرموز وغيرها وهو المحكي عن ابي علي والقاضي واليه مال في الغنية والسرائر والمختلف والتنقيح وعلى الخبر اقتصر في المقنع ورواه في الفقيه وعقد له وحده باباً وهذه صورته . باب ما يكون حكمه حكم اللقطة روى سليمان ابن داود المنقري عن حفص ابن غياث النخعي قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم فهل يرد عليه قال لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فالاجر له وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له وقد رواه في التهذيب عن محمد ابن علي ابن محبوب عن علي ابن محمد ابن شيرة عن القسم ابن محمد عن سليمان ابن داود عن حفص ابن غياث قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام والسند غير واضح الضعف لانا لنا تأملاً في تضعيف هؤلاء الاربعة ثم ان الشهرة تجبره ولم يذكر احد ممن عمل بالرواية جواز التمليك كما في المسالك والرياض والمفاتيح الا ما سمعته عن الفقيه وما ستسمعه عن النهاية نعم سيأتي للمصنف التأمل في ذلك وعموم المنزلة يقضي به واما ابقائها عنده امانة ابداً من غير ضمان الا مع التقصير فهو من احكام اللقطة لكنه صعب شاق واستجود ما في الكتاب من التخيير بين الامرين بعد التعريف في المسالك ومعنى الضمان في المقام انه لو ظفر بصاحبه وجب على القابض فقط رده اليه لا انه يجب الايصاء به عليه وعلى الورثة كالديون والمال المغصوب لان ذلك هو المناسب للاصل كما في مجمع البرهان والكفاية وقد احتمل في مجمع البرهان عدم الضمان لو تصدق به لان اخبار المال المجهول المالك خالية عنه (قلت) لكن الخبر هنا معمول به في ذلك ايضاً وليس لك ان تقول انه ليس من باب مجهول المالك لانه يمكن ادراجه في قاعدته وان جعله في الفقيه والنهاية من باب حكم اللقطة (وتنقيح) البحث في المسئلة ان مورد الخبر وفتوى الاكثر انما هو المال المجهول المالك لانه ليس بضائع حتى يكون لقطة فيكونون قد خرجوا بالخبر عن حكمه

وليس له التملك مع الضمان على اشكال ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها عَلَى مالكها دون المودع والا رد الجميع عَلَى المودع عَلَى اشكال «متن»

في التعريف سنة والا فحكم المجهول المالك انهُ يتصدق بهفوراً بعد اليأس واما قبلهفلا بد من الفحص والسؤال حتي ييأس عرفاً ولا يقيد بالتعريف سنة فقد لا يحصل بالسنة وقد يحصل بما دونها و به يفارق اللقطة فانه يتصدق بها او يتملكها بعد التعريف سنة وان رجى الظفر بصاحبها واما اذا يئس من الظفر بمالكها فانه يملكها من دون تعريف الا اذا كان من تأخيره التعريف فانه مخير بين ان يتصدق بها او يعرفها و يتملكها (واما) الضمان في مجهول المالك فهو صريح الخبر المذكور هنا وقد يعطيه غيره والمخالف ابن ادريس حيث قال بردها الى امام المسلمين فان تعذر ابقاها امانة ثم يوصي بها الى عدل ونحوه ما في الغنية وما حكي عن التقي وفي المختلف والايضاح وشرح الارشاد والتنقيح انه اقوى وفي جامع المقاصد له وجه واستحسنه في المسالك (وليعلم) ان في الغنية والسرائر وايضاح النافع انه احوط اي من قول الشيخ وقال المفيد يخرج خمسه لمستحق الخمس والباقي يتصدق به ولم يذكر التعريف ونحوه ما في المراسم وقال في لقطة النهاية ان حكمه حكم اللقطة سواء وقد سمعت ما في الفقيه وقال في الارشاد لو جهله تصدق به وضمن وزاد في التبصرة ان شاء وقال في الارشاد بعد ذلك او ابقاها امانة ولعله استند في التصدق من اول الامر الى الاخبار الدالة عَلَى فعل ذلك في المال المجهول المالك لكنها خالية عن الضمان والى الابقاء امانة الى خبر معوية ابن وهب الوارد في الاجير كما تقدم في باب الدين وقال في ايضاح النافع انه مخير بين التصدق والابقاء امانة والدفع الى الحاكم وقد وقع في الرياض خلل في النقل عن الارشاد (قوله) ﴿ وليس له التملك مع الضمان عَلَى اشكال ﴾ اصحه انه ليس له ذلك كما في جامع المقاصد والاشكال ينشأ من ان الاصل عصمة مال المسلم ومن ورود الخبر بانها بمنزلة اللقطة ومن احكامها التملك بعد التعريف وهو قضية كلام الفقيه ولقطة النهاية واعترضه في جامع المقاصد (اولاً) بانه لا عموم في الرواية (قلت) وكأنه لم يلحظ عموم المنزلة (وثانياً) بان المتبادر من قوله عليه السلام فيعرفها بيان وجه نزولها منزلة اللقطة (قلت) هذا يصلح لرفع عموم المنزلة بان يقال ان العموم ينزل عَلَى المتبادر وليس وجهاً ثانياً لكن ذلك قد يمنع في عموم المنزلة نعم يتم في التشبيه البليغ (قوله) ﴿ ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها عَلَى مالكها دون المودع والا رد الجميع عَلَى المودع عَلَى اشكال ﴾ رد الجميع عَلَى المودع خيرة المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والتنقيح وايضاح النافع والرياض والغنية والسرائر وفي الاخيرين الاجماع عليه وهو اي الاجماع ظاهر الايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد حيث نسب فيها الى الاصحاب وفي ايضاح النافع انه المشهور وانه يشهد له النظر (واول) من تأمل في ذلك المصنف في التذكرة فانه بعد ان افتى برد الجميع قال ويحتمل عندي رد قدر مال اللص اليه واحتفاظ الباقي لمالكه قال والقسمة هنا ضرورية ومثله ما حكي عن السيد العميد وفي الايضاح ان الاولى ردها الى الحاكم ووافقه عَلَى ذلك في جامع المقاصد وقال ولو لم يجد الحاكم احتمل رد قدر ما يملكه الغاصب الى آخر ما في التذكرة وفي الرياض ان الاوفق بالقواعد ما في المسالك من رده عَلَى الحاكم مع امكانه ليقسمه و يرد عَلَى الغاصب ماله ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولي الودعي القسمة ان كان مثلياً وقدر حق الغاصب معلوماً جمعا بين الحقين والقسمة هنا اجبارية للضرورة تنزيلاً للودعي منزلة المالك حيث قد تعلق بضمانه والحسبة ولو امتزج عَلَى وجه لا يعلم القدر اصلاً ففيه اشكال ويتوجه حينئذ ما اطلقهُ الاصحاب ان لم يمكن مدافعة الغاصب عَلَى وجه يمكن منه الاطلاع عَلَى الحق قال ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع امكانه الى ان

ولا يبرأ المفرط بالرد الى الحرز بل الى المالك او بابرائه ولو انكر الوديعة او ادعى التلف وان كان بسبب ظاهر «متن»

يعترف الغاصب بقدر معين او يقاسم لاستحالة ترجيح حقه عَلَى حق المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين انتهى (وفيه) ان القسمة من الحاكم وغيره في المساوي غير بعيدة ولا كذلك اذا مزجه بالاعلى اللهم الاّ ان يرضى الغاصب فينبغي ان يقال ان مزجه بالادنى بحيث ما بقي لمال المالك قيمة امكن تسليمه الى الغاصب ويجب عليه رد مال المالك مثلاً او قيمة ويمكن وجوب تسليمه للحاكم ليقسمه مع رد ارش النقصان بحيث لا يستلزم الربا وان كان بالمساوي كان شريكاً وكذا بالاعلى لانه بتقصيره فتأمل ويحتمل جعله كالتالف والالزام بالعوض ونظر الاصحاب الى ان الودعي لا يعلم قدر المغصوب ولا عينه وحينئذ لا وسيلة لاستنقاذه لعدم معرفته ومنع الجميع غصب وليس له ولاية في القسمة لانها تستلزم اعطاء بعض مال كل واحد للآخر فهي كالمعاوضة من دون تراض والظاهر انهم عثروا في ذلك عَلَى خبر لان المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة متون اخبار وقال فخر الاسلام انه يستلزم رد المغصوب الى الغاصب وهو حرام لا يجوز قطعاً (قوله) ﴿ ولا يبرأ المفرط بالرد الى الحرز بل الى المالك او بابرائه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في اول الباب مستوفى عند شرح قوله لو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان وقد قال في جامع المقاصد ان ظاهر ذلك يخالف ما هنا لانه قد يشك في ان الابراء موجب لتجديد الاستئمان بل قد يشك في برائته بالابراء مع انه هناك قوى ما يدفع هذه المخالفة وقد بينا ذلك هنالك وقلنا ان هناك مخالفة من جهة أُخرى فليلحظ (قوله) ﴿ ولو انكر الوديعة اي فالقول قوله مع اليمين كما في المبسوط وغيره وفي المسالك انه لا شبهة فيه وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا اشكال فيه (قوله) ﴿ او ادعى التلف وان كان بسبب ظاهر ﴾ اي فالقول قوله مع اليمين قال في التذكرة انه اذا ادعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا سواء كان بسبب ظاهر او خفي وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا خلاف فيه وفي المسالك والكفاية انه المشهور وبه اي بان القول قوله مع يمينه صرح في الشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة وغيرها مضافاً الى الفتاوى والاجماعات والشهرة التي ذكرناها في باب الوكالة والمخالف الشيخ في المبسوط فيما اذا ادعى التلف بامر ظاهر فلم يقبل قوله الا ببينة لامكان اقامتها وقد رماه بعضهم بالشذوذ وعموم البينة عَلَى المدعي شامل لهذا الفرد ولما اذا ادعاه بسبب خفي ولما اذا ادعى الرد ولم يلتزم ذلك في هذين والصدوق قبل قوله بلا يمين ووافقه عَلَى ذلك الشيخ في النهاية وصاحب الوسيلة وقيد في الاخير بما اذا لم تظهر منه خيانة وقد يلوح او يظهر ذلك من النهاية قال في الفقيه مضى مشايخنا رضي الله تعالى عنهم عَلَى ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن ولا يمين عليه وقال رجل للصادق عليه السلام اني ائتمنت رجلاً عَلَى مال اودعته اياه فخانني فيه وانكر مالي فقال لم يخنك الامين وانما ائتمنت الخائن وروى في المقنع فيما حكي مرسلاً عن الصادق عليه السلام انه سئل عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله قال نعم ولا يمين عليه وربما اعتضد بالنصوص الناهية عن اتهام الامين ولا ينفك عن الاحلاف مضافاً الى الاصل النافي للزومه ولكن ذلك لا يعارض ما مرّ والاخبار لم يتضح سندها والمرسلة معارضة بمفهوم مرسلة الغنية قال وروي انه لا يمين عليه اذا كان ثقة غير مرتاب وبمضمونها افتى ابو علي وابو الصلاح حيث قال لا يمين عليه الا مع التهمة حكاه عنهما صاحب التنقيح وقد يكونان موافقين للنهاية والوسيلة لكن نسبته الى مشايخنا المفيد للعموم الظاهر في الاجماع مع الاخبار المذكورة وموافقة الاسكافي والتقي مما يقضي بقوة قوله جداً وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الوكالة (قوله)

او نقص القيمة او عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين وفي الرد نظر اما لوادعى الاذن في التسليم الى غير المالك فالمصدق المالك مع اليمين « متن »

﴿ او نقص القيمة ﴾ اي لو اختلفا في القيمة بعد الاتفاق عَلَى التلف بالتفريط فالقول قول المستودع بيمينه كما في السرائر وكشف الرموز والمختلف وايضاح النافع وفي الرياض انه اشهر بل لعل عليه عامة من تأخر وفي الشرائع والنافع انه اشبه وحكاه في المختلف عن التقي وابن حمزة وعبارة الوسيلة كان القول قول المودع بيمينه فيحتمل فتح الدال وكسرها وفي المقنعة والنهاية والغنية ان القول قول صاحبها مع يمينه وفي السرائر ان هذا القول خلاف الاصول والاجماع والاخبار المتواترة بل قال انه خلاف ما عليه كافة المسلمين ثم قال ان الشيخ في نهايته عوّل عَلَى خبر واحد ولعله لم يلحظ المقنعة ولا الغنية وربما استدل لهم بانه بالتفريط خرج عن الامانة وفيه انها ليست مأخذا لقبول حتى يقال انه خرج عن الامانة بل لانه منكر فيدخل تحت الخبر المشهور للزيادة والرواية المدعاة مرسلة خاصة بذلك ولا جابر لها فيه (قوله) ﴿ اوعدم التفريط فالقول قوله مع اليمين ﴾ كما في النهاية والغنية والسرائر والنافع والتنقيح والكفاية وفي الرياض انه لا خلاف فيه الا من حيث لزوم اليمين فيأتي فيه خلاف الصدوق لعموم دليله (قوله) ﴿ وفي الرد نظر ﴾ كما في التذكرة في الباب والوكالة والمختلف في الوكالة والارشاد والكفاية حيث قيل فيها (فيهما خ ل) فيه اشكال وفي المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وشرح الارشاد لولده والايضاح واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها انه يقبل قوله مع يمينه وهو المشهور كما في التنقيح والمسالك والروضة والكفاية ومذهب الاكثر كما في مجمع البرهان وفي وكالة السرائر والمهذب البارع وكذا المسالك الاجماع عليه وهو المحكي عن نهاية المرام للصيمري وقال في المهذب ان استشكال العلامة نادر وقد قال الاكثر في باب المضاربة في جواب من يدعي قبول قول العامل بالرد قياساً عَلَى المستودع بانه مع الفارق لكونه قبض لمصلحة المالك فهو احسان محض والعامل قبض لمصلحته فلولا ان يكون الحكم اجماعياً لقيل ولو في كلام بعضهم بمنع الحكم في المقيس عليه ولم يشر اليه احد الا المصنف في التذكرة ثم انهم يأخذونه مسلماً في باب الوكالة وفي باب القضاء حيث ينقضون به حد المدعي والمنكر مع انه مدعي بجميع معانيه فيقولون الودعي المدعي رد الوديعة عليه اليمين ولا شيء من المدعي عليه يمين فكان شكلاً ثانياً نتيجته ان الودعي المدعي رد الوديعة ليس بمدع ويجيبون بمنع الكبرى للرخصة او بمنع الصغرى لان المودع يدعي خلاف ظاهر المسلم لان ظاهر الامين الصدق ثم ان ظاهرهم الاتفاق عَلَى تقديم قوله في التلف ولو في الجملة استناداً الى مجرد الامانة وهي جارية في المقام فكما يخصص بها الاصل وعموم الرواية المتقدمة في صورة التلف فليخصصا بها هنا وتؤخذ الاخبار الناهية عن رمي الامين بالتهمة وتكليفه البينة مؤيدة هذا كله مضافاً الى ذهاب المشهور كما في الشرائع وغيرها الى قبول قول الوكيل في الرد اذا كان بغير جعل بل الظاهر اطباق القدماء عليه كما اشار اليه في غاية المراد وهذا كله اذا ادعى ردها عَلَى من ائتمنه اوعَلَى وكيله لان يده يده امالو ادعاه عَلَى الوارث فكغيره من الامناء يكلف بالبينة لاصالة عدمه وهو لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه وقد صرحت بذلك جملة من عباراتهم كالمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها صرحوا جميعاً به في باب الوكالة وفي الرياض نفي الخلاف فيه وهو الموافق للاصل وقد جعلوا لذلك ضابطاً صرحوا به في باب الوكالة وهو ان كل امين ادعى رد الامانة عَلَى من لم يأتمنه وانكر ذلك المدعى عليه كان القول قوله مع يمينه وكلف المدعي البينة وتمام الكلام في الوكالة (قوله) ﴿ اما لو ادعى الاذن في التسليم الى غير المالك فالمصدق المالك مع اليمين ﴾ كما في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد لان الاصل عدم الاذن فهو بالتسليم عاد جنفى يثبت الاذن ثم المدفوع اليه ان كذبه فالقول قوله اذ الاصل عدم الدفع وان صدقه ردت الوديعة

فان صدق الاذن وانكر التسليم فكدعوى الرد ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء عَلَى اشكال هذا ان اقر ان عنده وديعة او عليه وديعة او ثبت انه مات وعنده وديعة اما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال «متن»

(العين خ ل) ان كانت باقية وان كانت تالفة كان بالخيار بين تضمين المستودع والمدفوع اليه (قوله ﴿ فان صدق الاذن وانكر التسليم فكدعوى الرد ﴾ ونحوه ما في التذكرة وقوى في المبسوط ان القول قول المستودع لان الدعوى عَلَى المأذون في تسليمه كالدعوى عَلَى الوكيل وقد سمعت ان حاله حال المالك ووجه احتمال تصديق المالك ان المستودع يدعي عَلَى من لم يأتمنه والمفتى به الاول كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء عَلَى اشكال ﴾ قال في الايضاح الاشكال السابق في اصل الضمان وهذا في كيفيته واراد بالاشكال السابق هو ما ذكره في قوله ولو لم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً عَلَى التلف قبل الموت عَلَى اشكال قال في الايضاح كيفيته انه يحتمل تقديم صاحب الوديعة لحصولها لاصالة البقاء واشتباه عينها و يحتمل التحاص كالديون والاصح الاول لان حق الوديعة متعلق بعين التركة كالرهن اي في تقديم حق المرتهن(ومعنى)الوجه الاول ان اصالة بقاء عين ماله الذي هو مختص به تقضي بالاختصاص ببدله(ومعنى)الوجه الثاني ان المختص به هو العين فاذا تعذرت كان البدل من جملة الديون والسيد العميد قال فيما حكي عنه ان الاشكال في اصل الضمان وهو الظاهر من سوق كلام التذكرة ولكن سوق عبارة الكتاب يقتضي ما قاله في الايضاح فانه لو لا ذلك لكان قوله ان اقر ان عنده وديعة الى اخره وقوله اما لو كانت عنده وديعة في حيوته الى قوله ففي الضمان اشكال كله فاسد الوضع لان الاشكال اذا كان في اصل الضمان استوت هذه المسائل كلها فيكون قوله هذا ان اقر غير صحيح وايضاً فان عدوله عن جعل الاشكال في الضمان الى كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك (قوله) ﴿ هذا ان اقر ان عنده وديعة او عليه وديعة او ثبت انه مات وعنده وديعة ﴾ لان الاقرار يقضي بوجودها في التركة وقت صدوره في الاولى و يبعد تلفها في الزمن المتخلل بينه و بين الموت و يقضي في الثانية بثبوت الحق في الذمة بل قد قيل انه يقضي ببقائها في التركة كالاولى وانها اكد واما الثالثة فاذا ثبت انه مات وعنده وديعة كان ادل عَلَى وصولها الى الورثة غير انها لم تعلم بعينها (قوله) ﴿ اما لو كانت عنده وديعة في حيوته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقائها ففي الضمان اشكال ﴾ يريد انه لو ثبت بالبينة او باقرار الورثة او نحو ذلك انه كان عنده وديعة في حيوته ولم توجد ولم يعلم بقائها فان في اصل الضمان هنا اشكالاً ينشا من تعارض اصل البرائة معتضداً بظاهر حال المسلم لان الظاهر انه قد ردها او تلفت بغير تفريط والا لاقر بها عند الموت ومن استصحاب البقاء وخبر السكوني وقد تقدم تمام الكلام فيما سلف مستوفى وقد قال في التذكرة ان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان والذي عليه اكثر علمائنا والشافعية وجوب الضمان ثم حكى عن اصحاب الشافعي في المسئلة طرقاً مشتملة عَلَى تفاصيل تخالف ما هنا والحاصل ان محصل ما في التذكرة يخالف ما هنا وقد حاول السيد العميد الفرق بين هذه المسئلة والمسائل التي قبلها بان الضمان في هذه اخف وليس بجيد لان المصنف اذ ساوى بين المسائل في مجيء الاشكال كان قوله هذا ان اقر وقوله اما لو كانت ضائعاً كما ذكر ذلك في جامع المقاصد وقال ان ما ذكره هنا كان يغني عما ذكره سابقاً من قوله ولو لم يوجد في التركة ثوب الى اخره(قلت) ذكره لذلك هناك جاء بالتبع لما قبله وقال ان الذي يقتضيه النظر انه ان علم بقاء عينها ولم يتميز من التركة قدم مالكها عَلَى الغرماء وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان اصلا وهو المفتى به (قلت) هذا النظر يدفعه ظاهر خبر السكوني المنجبر سنده ودلالته بالشهرة فليلحظ(وليعلم)انه يمكن ان يكون قول المصنف هذا ان اقر ان عنده وديعة وقوله فيما سلف اما لو قال عندي ثوب منزلين عَلَى ما اذا اقر بالوديعة عَلَى وجه يرتفع الاجمال

و يصدق المستودع مع اليمين في تعيين احد المدعيين فان نكل غرم للاخر وفي نفي العلم « متن »

و ينتفي التقصير و يكون وجه اصل الضمان ما حكيناه عن المبسوط هناك وان كان ضعيفاً ووجه الاشكال في كيفيته ما عرفته آنفاً وسالفاً و يتضح ما في الايضاح والفرق حينئذ بين قوله ان اقر وقوله اما لو كانت واضح لما (بما خ ل) بيناه من ان الظاهر في الثاني انه قد ردّها او تلفت والا لاقر بها عند الموت و يمكن ان يكون قولاه منزلين عَلَى الاجمال في المقامين ويمكن توجيه الاشكال في اصل الضمان و يتم ما في الايضاح ايضاً واما تنزيل الاول عَلَى الاجمال والثاني عَلَى التعيين كما في المسالك وغيرها كما تقدم فهو الظاهر من كلامه السالف والموافق لما في الكنز و يؤيده بعد العهد مع الفرار عن التكرار ولكن فيه ما قد عرفت ومقتضى النظر ما تضمنه الخبر انه ان عين فلا ضمان والا كان ضامناً (قوله) ﴿ و يصدق المستودع مع اليمين في تعيين احد المدعيين ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان (وتحرير) القول في المسئلة انه اذا ادّعى كل من شخصين عَلَى ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده فقد قال في المبسوط ان حال المودع وهو الثالث لايخلو من اربعة احوال اما ان ينكرهما او يقر بها لهما معاً او يقر بها لاحدهما بعينه او يقر لاحدهما لا بعينه ونحوه ما في التذكرة والتحرير وزاد في المسالك خامساً وهو ما اذا قال لا ادري لمن هي اهي لكما اولاحدكما او لغيركما واطالوا الكلام في بيان هذه الاقسام وقد ذكروا مثل ذلك في باب القضاء فيما اذا تداعيا عيناً في يد ثالث وقد اسبغنا الكلام هناك و ينبغي ان نتتبع هنا مواقع كلماتهم لنحظى برشحة من بركاتهم (فنقول) اذا اقر لاحدهما بعينه حكم للمقر له و يحلف للآخر فان حلف سقطت دعواه ايضاً واستقر ملك المقر له عَلَى العين كذا قال في المسالك وقريب منه ما في التذكرة وجامع المقاصد (وفيه) انه لا بد في استقرار ملك المقر له عَلَى العين من حلفه للآخر عَلَى البت كما ذكروا ذلك في كتاب القضاء من دون خلاف لحلف المصدّق اعني المستودع ان ادعى عليه علمه لفائدة دفع الغرم عن نفسه لانه ان امتنع حلف الاخر واغرم لا لفائدة القضاء بالعين وحلف المصدق له لان التصديق بمنزلة اليد فكان كأنه صاحب يد ومنكر والاخر خارج ومدعٍ (قوله) ﴿ فان نكل غرم للاخر ﴾ يريد انه لو نكل المستودع عن اليمين احلف الاخر عَلَى استحقاقها ان لم نقض عليه بمجرد النكول واغرم المستودع له المثل او القيمة لحيلولته بينه و بينه باقراره الاول ولا اجد في ذلك خلافاً في البابين وقد نص عليه في المبسوط وغيره في الباب ايضاً ووجهه في المبسوط بان اليمين المردودة تنزل منزلة اقرار المنكر لانه لو اقر بها ثانياً للاخر اغرم له فكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار وتبعه المصنف في التذكرة والمحقق الثاني والشهيد الثاني وقال في جامع المقاصد واما اذا قلنا انها كالبينة فقد يقال يجب انتزاع العين من المقر له لثبوت كونها له بالبينة قال و يجاب بان كونها كالبينة انما هو في حق المتداعيين فلا يتفاوت الحال باعتبار كونها كالاقرار او كالبينة لانها حيث لم تكن في يده وقد حال بينها و بين الاخر الحالف باقراره وجب الغرم وان كانت كالبينة انتهى ما اردنا نقله من كلامه وقد وافقه عَلَى ذلك صاحب المسالك وهذا الاحتمال وجوابه للشافعية وليس شيءٌ منهما بصحيح عندنا لانا قد بينا في باب القضاء ان اليمين المردودة اصل برأسه لانها في بعض المواضع لا تكون كاحدهما كما تقدم في الكفالة والحجر في ردّ من لا يقبل اقراره وقد جعلوا من فروع الخلاف ما اذا اشترى من الوكيل في البيع ثم ادعى عليه فسخه بعيب سابق وانكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين وردّها عَلَى المدعي فقد قالوا عَلَى كونها كالبينة يرد عَلَى الموكل و يرد عَلَى الوكيل عَلَى كونها كالاقرار فكانت كالبينة في حق غير المتداعيين فتأمل وفي اعتبار كون القيمة وقت الحلف او وقت الاقرار اشكال يلتفت الى ان وقت الاقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت الثبوت ولم يرجح شيءٌ في التذكرة ولا في جامع المقاصد (قوله) ﴿ وفي نفي العلم ﴾ اي و يصدق المستودع مع اليمين في نفي العلم بكون العين لهما او لاحدهما وتحريره ان الودعي اذا ادعى النسيان كأن يقول ليست لي

وتقر في يده حتى يثبت المالك فان ادعيا علمه احلفاه عَلَى نفي العلم يمينا واحدة و يحتمل التعدد فان نكل احلفا عَلَى علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في ايديهما « متن »

ولا اعرف صاحبها او هي لاحد كما وقد نسيت عينه فان قلنا ان المستودع يضمن بالنسيان فهو ضامن و يبقى الكلام في انه لمن يضمن وما ذا يضمن والظاهر انه يضمن القيمة لها فتجعل هي والعين في ايديهما وتقسم العين بينهما وان لم نضمنه به فان صدقاه في النسيان فلا خصومة لها معه بل الخصومة بينهما وصار المال كأنه في ايديهما وان كذباه فيه وادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك وقالا انك لتعلم لمن الوديعة منا فالقول قوله مع يمينه ويحلف لانه لو اقر بها لاحدهما كانت له فاذا ادعى عليه علمه سمعت دعواه ويحلف كما ستسمع (قوله) ﴿ وتقر في يده حتى يثبت المالك ﴾ لان يده في الاصل يد امانة والاصل بقائها ولانا اذا انتزعناها من يده لا نسلمها الى احدهما وانما توضع عَلَى يد عدل وهذا عدل وهو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها واحتمل في التذكرة وغيرها فيما اذا قال المالك لاحدهما ولا اعلمه ان ينتزع من يده بامر الحاكم لمطالبتهما اياه وقد يلوح او يظهر ذلك من المحكي عن الخلاف وضعف بان المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم وهو ممتنع هنا فلا يكون وجهاً وفي المختلف ان الوجه ان الامر في ذلك للحاكم واستجوده في المسالك فيما اذا حصرها فيهما لا فيما اذا ادخل معهما غيرهما (قلت) هو المفروض في المختلف ولم يتعرضوا في باب القضاء لهذا الفرع (قوله) ﴿ فان ادعيا علمه احلفاه عَلَى نفي العلم ﴾ كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير وهذا يفهم مما تقدمه لكنه اعاده ليترتب عليه ما بعده مع فائدة التصريح به والتفريع (قوله) ﴿ يميناً واحدة ﴾ كما في الخلاف والسرائر والمسالك وهو المنقول عن الشافعي وظاهر كلام ابي علي لان احدى الدعويين كاذبة قطعاً لاستحالة ان تكون ملكاً لكل منهما وحيث لم تكن معينة حكمنا بانه يحلف لها وفي التحرير لا تكفي يمين واحدة عَلَى اشكال فاذا حلف احتمل استعمال القرعة فمن خرج اسمه احلف وسلمت العين اليه او نقسم بينهما نصفين كما عن الخلاف (قوله) ﴿ ويحتمل التعدد ﴾ كما هو خيرة المبسوط والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكي عن الكوفي لان كل واحد منهما مدع بانفراده لا يعلم كذبه فيندرج في عموم الحديث ولكل واحد منهما ان يستقل بالدعوى والاصل برائة الذمة من وجوب الاجتماع ولامكان كونها لهما معاً فاذا احلف فالشيخ في المبسوط تارة حكم بالايقاف حتى يصطلحا وهو خيرة ابي علي وتارة قوى القرعة والاقوى انهما يحلفان وتقسم بينهما لتكافوء الدعويين وتساويهما في الحجة وهو يقتضي القسمة كذلك فلا يكون الامر مشكلا حتى يحتاج الى القرعة والايقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم (قوله) ﴿ فان نكل احلفا عَلَى علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في ايديهما ﴾ اذا نكل فاما ان يحلفا عَلَى علمه او عَلَى الاستحقاق (فان كان الاول) توجه غرم القيمة لان يمينهما قضتا ان يكون بالنسبة الى كل واحد منهما بخصوصه عالماً بان العين له و بانكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه فوجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان عَلَى الاخر فتجعل العين والقيمة معاً في ايديهما وتقسم العين بينهما لكن ذلك بعد حلفهما ثانياً عَلَى الاستحقاق لان اليمين الاولى لم تتناوله وانما اثرت غرمه القيمة لها فتأمل (وان كان الثاني) قسمت بينهما فقط وقال الشيخ لو حلفا فيه قولان احدهما انها تقسم بينهما والثاني انها توقف حتى يصطلحا والاول اقوى ثم قال ولو قلنا بالقرعة كان قوياً وقال في التحرير عندي فيه نظر وقد عرفت وجه القول بالقسمة آنفاً هذا ولو اقر بها لهما معاً عَلَى سبيل الاشتراك قسمت بينهما و يكون قد صدق كل واحد في البعض وكذبه في دعوى الجميع وحكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي بالنسبة (و بالنسبة ظ) اليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص قال في المسالك ولا خصومة لنا كل مع المستودع (قلت)

وان سلم العين بحجة الى احدهما رد نصف القيمة الى المودع ولم يجب عَلَى الثاني الرد لانه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل ولو مات المالك سلمها الى الورثة اجمع من غير تخصيص فيضمن معه « متن »

ان ادعى عليه العلم حلفه ثم ان الودعي يغرم للحالف النصف ان كان سلمه الى الناكل الذي ادعى عليه الحالف العلم فاراد تحليفه فنكل وان كذبهما انتفت دعواهما لان اليد له ولكل منهما احلافه عَلَى البت فان نكل ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء فان حلفا او نكلا قسمت بينهما وان حلف احدهما اختص ولو قال لا ادري اهي لكما او لاحدكما او لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مر فاذا حلف تركت في يده وليس لاحدهما تحليف الاخر لانها لم تثبت لهما ولا لاحدها عليها يد بخلاف ماسبق ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها اليهما مع حلفها عَلَى الاستحقاق وغرامته لها القيمة لوحلفا عَلَى علمه احتمال و يحتمل العدم لعدم حصر ذي اليد الحق فيهما (قوله) ﴿ وان سلم العين بحجة الى احدها رد نصف القيمة الى المودع ولم يجب عَلَى الثاني لانه استحق بيمينه ولم يعد اليه المبدل ﴾ يريد انهما اذا حلفا عَلَى علمه وجعلت العين والقيمة في ايديهما فاما ان لا ينازع احدها الاخر او يجري بينهما النزاع فان كان الاول كما اذا رضيا بما صار اليهما فلا كلام وان كان الثاني فان ثبت بحجة شرعية ان العين لاحدهما بعينه كما اذا اقام بينة او حلف مع نكول الاخر فان العين بكمالها تسلم اليه فحينئذ يجب عليه ان يرد نصف القيمة لانه استحقها للحيلولة بينه و بين نصف العين وقد زالت فيجب ردها واما الثاني فلا يجب عليه الرد لانه استحق بيمينه للحيلولة ولم تزل اذ لم يعد عليه المبدل وهو النصف الذي في يد الاول كما نبه عَلَى ذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمبدل العين والبدل القيمة (وليعلم) ان سلم في العبارة ينبغي ان يروى مبنياً للمجهول اذ الحكم ليس مبنيا عَلَى تسليم المودع ولا مرجع للضمير اذا كان مبنيا للمعلوم سواه ولان المقر قبل ذلك جعل العين في ايديهما فكيف يكون التسليم منه (قوله) ﴿ ولو مات المالك سلمها الى الورثة اجمع من غير تخصيص فيضمن معه كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لكن في بعضها سلمها الى الكل او من يرتضونه وفي بعضها او من يقوم مقامهم اي كالوكيل والولي وهو معنى ما في المراسم وان لم يذكر فيها الضمان عند التخصيص ومعنى ما في السرائر والمقنعة والنهاية وعبارات هذه الكتب الثلاثة ينبغي ملاحظتها اذ في عبارة الاول دفعها الى ورثته عند المطالبة فيحمل عَلَى انه اعلمهم بها او علموا واقروها قال في التذكرة قال بعض الشافعية ان مع علمهم لايجب الدفع ثم نفى عنه الباس ولا تصغ الى مافي المسالك من قوله انه وجيه الا انه لم يتحقق به قائل منا ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا انتهى وتبعه عَلَى ذلك صاحب الرياض مبالغا فيه وكانهما لم يلحظا ما في السرائر والمهذب البارع وايضاح النافع والكتاب وجامع المقاصد كما تقدم بيانه في اول الباب وهو الذي تقضي به اصول المذهب كاصل البرائة واصل الاباحة (واما) عبارة المقنعة فهي هذه فاذا عرفهم اي الورثة اعطى كل ذي حق حقه منها فاذا رضيت الجماعة بواحد منهم يتسلمها كان عليه دفعها اليه برضا الجماعة به في ذلك وقال في النهاية لم يسلمها الا الى جماعتهم او واحد يتفقون عليه او يعطي كل ذي حق حقه واعترضه في السرائر بان الاولى دفعها الى الحاكم لان الودعي لايجوز له قسمتها واجاب في المختلف بان هذا ليس واردا عَلَى الشيخ لان الشيخ قال او يسلم الى كل ذي حق حقه وذلك انما يكون بالتسليم مشاعا او برضا كل واحد منهم بما يدفعه الى صاحبه والا لم يكن حقا له لكنه لقصور فهمه يعترض بمثل هذه الايرادات الفاسدة وقال صاحب التنقيح هذا الجواب ليس بشيء والا لزم تداخل الاقسام (قلت) الجواب بالاشاعة لعله في محله ولعله هو الذي اراده المفيد لكن فيه شيء وهو انه لايجوز له التسليم عَلَى سبيل الاشاعة الى كل واحد من الجماعة بل

(المقصد الثاني في العارية) وفيه فصلان « الاول » في الاركان وهي خمسة « الاول » العقد وهو كل لفظ دل عَلَى تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً اومدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة « متن »

يأثم و يضمن اذا فعل فكان الاولى بالمقداد ان يعترض بهذا لا بتداخل الاقسام وكأنه فهم تسليمها للجميع عَلَى سبيل الاشاعة لكن الجواب بالرضا خال عن كل وصمة سوى البعد وما بال ابن ادريس اقتصر عَلَى ذكر عبارة النهاية فكانه لم يلحظ المقنعة او لعدم صراحتها كالنهاية واتفاق الكتابين عَلَى هذه العبارة يرشد الى ان هناك خبراً لكنا لم نجده في الجوامع العظام ولا غيرها وقد يحمل عَلَى بعد ايضاً كلام الشيخين عَلَى ما اذا كان عوض الوديعة في ذمته فانه يجوز له تسليم الكل الى البعض وتسليم كل ذي حق حقه وفي الاول ان رضوا فذاك والا اخذوا حصصهم منه ورجع هو عَلَى من يسلم اليه الكل

المقصد الثاني في العارية

(قوله) ﴿وفيه فصلان الاول في الاركان وهي خمسة الاول العقد﴾ قد بينا في اول باب الوديعة الوجه في تسمية العقود الجائزة عقوداً مع ان ايجابها وقبولها يصح بالكتابة والاشارة والتلويح والفعل بياناً شافياً وهو من متفردات هذا الكتاب (قوله) ﴿وهو كل لفظ دل عَلَى تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا او مدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة﴾ قد فسرت بانها عقد في الوسيلة والشرائع والتحرير والتذكرة والروضة وفسرت في النافع بانها اذن في الانتفاع بالعين تبرعا و ينبغي ان يزيد مع بقائها واستردادها كما صرح بالاخير في المهذب البارع ولم يتعرض للبقاء و بالاول في الروضة ولم يتعرض للاسترداد والقائلون بانها عقد اختلفوا في بيانه ففي الوسيلة انها عقد عَلَى عين مملوكة للمعير لينتفع بها غيره من غير اجرة وفيه ما لا يخفى كما ستعرف وفي التذكرة انها عقد شرع لاباحة الانتفاع بعين من اعيان المال عَلَى جهة التبرع وفي التحرير انها عقد جائز من الطرفين و يفتقر الى ايجاب وقبول وقد يحصل القبول بالفعل وفي الشرائع عقد ثمرته التبرع بالمنفعة ومن الكلام عَلَى تعريف الكتاب يعرف الحال في بقية التعاريف ولم تعرف في غير ماذكر وقد اورد عليه في جامع المقاصد ثلثة ايرادات (الاول) ان قوله ان ثمرته التبرع ان كان جزء التعريف انتقض في عكسه باعرتك حماري لتعيرني فرسك والا انتقض في طرده بالاجارة (والثاني) انه ينتقض بالسكنى والرقبى والحبس والعمرى والوصية بالمنفعة (الثالث) ان الثمرة المذكورة حاصلة بالايجاب لابمجموع الايجاب والقبول فلا تكون ثمرتهما معا قال و يمكن الجواب عن الاول بكونه جزءا ولا يرد ماذكر لان هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع وانما جاء العوض من امر زائد عَلَى العقد وهو الشرط فانه عقد مع شرط وقال اجيب عن الثاني بما لايدفع والاولى ان يزاد في التعريف مع بقاء الجواز (قلت) في جميع ماذكر نظر وذلك لانا نقول ان قوله وثمرته غير داخل في التعريف ولا ترد الاجارة لان التسويغ ظاهر في التبرع الذي هو ثمرته والمقصود منه وثمرة الاجارة خلاف ذلك لان ثمرتها تمليك المنفعة بعوض معلوم والمصنف صرح واوضح ذلك بقوله وثمرته وحينئذ لا ينتقض بالسكنى والعمرى والرقبى والحبس والوصية بالمنفعة ولا يحتاج الى زيادة بقاء الجواز بحاله كما هو واضح و بذلك يعرف حال مافي المسالك ايضاً (واما) جوابه عن الاول ففيه انه قد اعترف ان هذا فرد من افراد العارية ليس فيه تبرع فلا يكون عارية واذا كان مقتضى العقد التبرع كيف يجوز اشتراط عدمه اذ الشرط المخالف لمقتضى العقد وضده غير جائز فكيف يجتمع معه و يخرجه عن مقتضاه وما سيذكر في الايضاح وجامع المقاصد في توجيه تصحيحه عارية لم يتضح لنا وجهه (و يمكن) ان يجاب بانا نقول ان جنس العارية عَلَى التبرع وذلك لا ينافي اتفاق كون بعض افراده عَلَى خلاف ذلك كما قيل نحو ذلك في الهبة وغيرها فتأمل او نقول انها اجارة فاسدة وتنقيحه عند تعرض المصنف له (والجواب) عن الثالث بان القبول لما كان شرطا في صحة العارية عنده حيث تكون عقداً لم يتحقق الثمرة بدونه وان بذلها المعير فانه

ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً «الثاني» المعير ويشترط كونه مالكا للمنفعة جائز التصرف فلا تصح عارية الغاصب ولا المستعير ولا الصبي ولا المجنون ولا المحجور عليه لسفه او فلس «متن»

لو تبرع بالعين واوقع الايجاب فرده الاخر لم تحصل الثمرة وان حصل التبرع بالمنفعة فالمترتب على العقد هو التبرع على وجه يشمر وذلك لا يتم بدون القبول وحيث يكون معاطاة يكفي في حصول الثمرة مجرد الايجاب قولا اواشارة او تلويحا او كتابة او فعلا ولعله لهذا قيل ان العقد فيها مجرد الايجاب وهذا هو الذي يرد على التعريف فكان الاولى الاعتراض به ولا بد من مراجعة ماذكرناه في تعريف الوديعة (قوله) ﴿ولا يختص لفظاً﴾ كما هو شان العقود الجائزة بل قد صرح في التذكرة بانه لا يشترط فيها اللفظ بل تكفي الكتابة والاشارة بل قال الاقرب عندي ان العارية لا تفتقر الى لفظ بل تكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة والاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير كما لو رآه عارياً فدفع اليه قميصاً فلبسه تمت العارية وكذا لوفرش لضيفه فراشاً الى اخر ماقال وقال ايضاً قد تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه فانه يكفي في الانتفاع عن العقد وقد وافقه على ذلك جماعة وقد تقدم ان ذلك ليس بعارية وانما هو من معاطاتها وقد جرت العادة بالانتفاع باواني الهدايا والاكل منها وفي الروضة بعد ان نقل عن التذكرة الاكتفاء بحسن الظن بالصديق قال ينبغي تقييده بكون منفعته مما يتناوله الاذن الوارد في الآية بجواز الاكل بمفهوم الموافقة وتعديه الى من تناولته من الارحام لا مطلق حسن الظن لعدم الدليل اذ المساوي قياس والاضعف يمتنع بطريق اولى (وفيه) انه في التذكرة بصدد بيان عدم الحاجة الى اللفظ لا انه يتناوله الاذن الوارد بجواز الاكل من بيت الصديق حتى يستدل بمفهوم الموافقة و يلزم تقييده بما كان حكمه اضعف من الاكل بل دليله حصول الرضا ظنا من صديق وغيره لانه قد اكتفي بالظن في ظروف العارية وغيرها فلا يتقدح كلامه بعدم الدليل على المساوي نعم لومنع دليله بان مطلق ظن الرضا لا يستلزم حصوله لكان متوجهاً وما استند اليه من جريان العادة باستعمال الظروف وغيرها فانه يدعى فيه افادة القطع ولقد وافق صاحب الرياض الروضة فليتأمل (قوله) ﴿ولا يشترط القبول نطقا﴾ هذا قد يشعر بان الايجاب يشترط فيه النطق كما هو الظاهر من عبارات الاكثر وقد سمعت مافي التذكرة وعرفت الوجه فيما ظهر من الاكثر مما مرّ في الوديعة وتسميته هذه كلها اعني ما خلا عن القول ايجابا وقبولا عقودا مما لا يصغى اليه (قوله) ﴿الثاني المعير و يشترط كونه مالكا للمنفعة﴾ هذا الشرط لم اجد احدا ذكره غير المصنف في التحرير والتذكرة ولا تغفل عما حكيناه عن الوسيلة ولعله لما ذكر ايضاً في التذكرة من انه يمكن ان يقال يكفي جواز الانتفاع وان لم تكن المنفعة مملوكة له كالموقوف ان قلنا به اي بعدم ملك المنفعة وكذا المعارة فيجوز مع اذن المالك ويحتمل ان يكون المعير بالحقيقة هو المالك (قوله) ﴿جائز التصرف فلا تصح عارية الغاصب ولا المستعير ولا الصبي ولا المجنون ولا المحجور عليه لسفه او فلس﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة والتحرير والوجه فيه ظاهر لانهم ممنوعون من التصرف وهو مراد من اقتصر على اشتراط جواز التصرف لكن في بعض عباراتهم ماينبغي التنبيه عليه قال في الشرائع جائز التصرف فلا تصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي للصبي جاز مع مراعاة المصلحة وقال في الارشاد وانما تصح من جائز التصرف ولو اذن الولي للطفل صح ان يعير مع المصلحة فقد صرح فيهما وفي التحرير واللمعة وغيرها انه يجوز للصبي ان يعير اذا اذن له الولي وقيده في التحرير بما اذا كان مميزاً وذلك لان المدار في العارية ونحوها من العقود الجائزة على رضا المالك وهو هنا الولي فاذنه للصبي بمنزلة الايجاب والعبرة هنا باذنه لا بعبارة الصبي فعلى هذا لافرق بين المميز وغيره ولا بينه و بين المجنون فلا وجه لتخصيص الصبي

وتصح من المستأجر و يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله « الثالث » المستعير وشرطه ان يكون معينا اهلا للتبرع عليه «متن»

بالذكر وخصوصاً الشرائع فانه ذكرها فيها اولا وخصه ثانياً ومما ذكر يعرف الفرق بين العقود الجائزة واللازمة فان الضابط في اللازمة ان تكون بعبارات مخصوصة مقرّرة معتبرة بمعنى ان تكون عن بالغ عاقل وفي العقود الجائزة مجرد حصول الاذن ولوخلي عن العبارة بالكلية فمناقشة بعضهم في الفرق وقول اخر انه لايبعد ان تعتبر اقوالهم في العقود اللازمة اذا اذن الولي مما لايصغى اليها وهذا اذا علم المستعير باذن الولي والا لم يقبل قول الصبي في حقه الا ان ينضم اليه قرائن تفيد الظن المتاخم للعلم به كما صرح به جماعة(قوله) ﴿ وتصح من المستأجر ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد وفي الاخيرين الا ان يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم وفي الاخير اذا اعار حيث يجوز له يجب عليه ان لايخرج العين من يده وفيه تأمل اذا لم يشترط وفي التذكرة ايضا ان الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لها ان يعيراها (قوله) ﴿ و يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه او وكيله ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ولا يكون ذلك اعارة للوكيل اذا لم تعد المنفعة اليه واشترط في الاخير ان لايخرج العين من يده (قوله) ﴿ الثالث المستعير وشرطه ان يكون معينا ﴾ فلو قال له اعرت احد هذين لم يصح كما في التذكرة وجامع المقاصد قال في التذكرة لعدم التعيين وكل واحد لا يتعين للاجارة لصلاحية الاخر لها واستباحة منافع الغير لايكون الا بوجه شرعي لانّ الاصل تحريم منافع الغير عَلَى غيره الا باذنه ولم يثبت ولو عمم المستعير جاز سواء كان التعميم في عدد محصور كقوله اعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة او في عدد غير محصور كقوله لكل الناس او لايّ احد من اشخاص الناس او لمن دخل الدار و بالجملة الكلي معين وان لم يكن عاما كايّ رجل وايّ داخل واحد الشخصين مجهول انتهى(وانت خبير)بان احد الشخصين محتمل لمعنيين (احدهما) ولعله الظاهر ان المراد انه اعاره لمن اراد الانتفاع به منهما لانهُ المتبادر والموافق للاصل اعني اصل عدم الاجمال وحمل كلام العاقل عَلَى الفائدة وعدم اللغو (والثاني)انه اعاره واحدا منهما معينا عنده وهو زيد مثلا لاغير وقد ابهمه في العبارة ولم يعينه فكانه قال احد هذين لا الاخر حتى يكون مجملا كالمطلق اذا اطلقه واراد به معينا عنده من دون نصب قرينة فان كان اراد هذا المعنى فالامر كما قال و يمكن تطبيق التعليل عليه وقد يدعى انه الظاهر وان كان اراد الاول كان كما لو قال اعرته لعالم او للعالم فيكون مبينا لامجملا وكان كقوله لاي احد من اشخاص الناس فليتأمل في ايهما هو الظاهر (قوله) ﴿ اهلا للتبرع عليه ﴾ كما في التذكرة والتحرير لان من الاعيان مالا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز اعارتها لهم وذلك مثل الكافر يستعير عبدا مسلما او امة مسلمة كما في بيع جامع المقاصد والمسالك وفي بيع التذكرة ونهاية الاحكام تجوز اعارته وايداعه اذ ليس ذلك ملك رقبة ولا منفعة ولا حق لازم ونحو ذلك مافي بيع الايضاح وفي بيع الكتاب انّ الاقرب جواز الايداع له والعارية عنده وقد اختلف الشارحون في مرجع ضمير عنده وفي حواشي الشهيدان الاعارة والايداع اقوى منعا اي من الارتهان واستشكل في التحرير والتذكرة في المقام قال في الاول في جواز اعارته اشكال ينشأ من جواز اجارته ومن السلطنة عليه والتسلط واثبات السبيل وقد نفاه الله سبحانه بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين عَلَى المؤمنين سبيلا بخلاف استيجاره الذي هو في مقابلة العوض ثم قال والاقرب الكراهية وقال وكذا لايجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم وغيرهُ تكرمة للكتاب العزيز وصيانة له عمن لايرى له حرمة انتهى فتأمل في العبارة وقال واما استعارة احاديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم واحاديث اهل بيته المعصومين عليهم السلام فانها مبنية عَلَى جواز شرائهم لها (قلت) وقد استشكل في ذلك ايضاً في بيع التذكرة ونهاية الاحكام وجوز ولده في شرح الارشاد بيع احاديث

بعقد يشتمل عَلَى ايجاب وقبول فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون «الرابع» المستعار وشرطه ان يكون منتفعا به مع بقائه كالثوب للبس والدابة للركوب والارض للزرع والغرس والبناء دون الاطعمة فان منفعتها في استهلاكها « متن »

النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعن المحقق الثاني انها في حكم المصحف ثم انه في التذكرة في المقام حكم بضمان المستعير المحرم الصيد ووجوب ارساله من يده وحكم مع التلف بالضمان للمالك والجزاء لله سبحانه وقد يستشكل في ذلك مع علم المالك بان الصيد اذا وقع بيده يجب عليه ارساله فيكون المعير مفوتا لماله واما مع الجهل فينبغي الضمان لكن يجيء الاشكال في وجوب الارسال فانه تصرف في مال الغير وتمام الكلام عند تعرض المصنف له (قوله) ﴿ بعقد يشتمل عَلَى ايجاب وقبول فلا تصح استعارة الصبي والمجنون ﴾ الجار صلة للتبرع فيكون المعنى ان شرط المستعير بصيغة او بدونها ان يكون ممن يصح ان يعقد معه عقد التبرع اعني صيغة العارية فالصبي والمجنون صيغتهما ملغاة فلا يصح اعارتهما بصيغة ولا بدونها وكذا الكافر فيما لا تجوز اعارته له فانه لا يصح عقده عليه (واما الحكم) ففي جامع المقاصد ان المراد انه لا يترتب عَلَى الصبي والمجنون احكام العارية لا ان استيفائهما المنفعة مضمون عليهما فاواعارهما وشرط عليهما الضمان لم يضمنا اذا لم يتلفا هكذا ينبغي ان يفسر هذا وان لم اظفر في ذلك بشيء بخصوصه انتهى (قلت) والامر كما قال في عدم الظفر لكن تقدم لنا في الوديعة فيما اذا استودع الصبي مايفهم منه الحال في المقام وان استيفائهما المنفعة غير مضمون عليهما وانها لو تلفت باهمالها لم يضمنا فلا بد من مراجعة ذلك و يبقى الكلام فيما اذا ادعى الصبي انه بالغ فاعاره واستوفى المنفعة وتعدى القدر الذي سلطه عليه اوما جرت به العادة فهل يضمن جميع المنفعة لانه يجري مجرى الاتلاف او ما زاد عن المعتاد او لا يضمن اصلا لانه قصر في حفظ ماله احتمالات والظاهر ان المحجور عليه للفلس بل السفه قابل للاستعارة كما في مجمع البرهان (قوله) ﴿ الرابع المستعار وشرطه ان يكون منتفعاً به مع بقائه ﴾ قد صرحت عبارات المتاخرين بذلك كالشرائع وما تأخر عنها لكن بعضهم جعله شرطاً و بعضهم جعله ضابطا قال في التذكرة المستعار له شرطان كونه منتفعاً به مع بقاء عينه واباحة المنفعة فكلما ينتفع به انتفاعا محللا مع بقاء عينه تصح اعارته كالعقارات والدواب والعبيد والثياب والاقمشة والامتعة والصفر والحلي والفحل للضراب والكلب للصيد والحفظ واشباه ذلك بلا خلاف انتهى وغرضه نفيه بين المسلمين وفي الرياض نفي الخلاف ايضاً وفي المبسوط يجوز استعارة الحيوان الذي فيه منفعة وهو اجماع سواء كان مما يجوز اجارته اولا تجوز وهذا الحكم بحسب الاصل او الغالب والا فسيأتي جواز اعارة المنحة والمستوفى منها اعيان لا منافع كاللبن والصوف والشعر وقال في التذكرة ايضا ان الاعارة اوسع من الاجارة فتجوز اعارة الفحل للضراب ومنع كثير من اجارته والكلب تجوز اعارته ولا تجوز اجارته عَلَى احد وجهي الشافعي انتهى (قلت) اعارة الفحل للضراب مندوب اليها وقد جاء بها الخبر واستيجاره للضراب ليس محرما عند علمائنا كما في مكاسب التذكرة ونهاية الاحكام (قوله) ﴿ كالثوب للبس والدابة للركوب والارض للزرع والغرس والبناء دون الاطعمة فان منفعتها في استهلاكها ﴾ اي فلا تصح اعارتها كما طفحت بذلك عبارات المتأخرين حيث يقولون لا يجوز او لا يصح اعارة مالا يمكن الانتفاع به الا باتلافه كالاطعمة والاشربة ولكن لم يتضح لنا مرادهم ولعلهم ارادوا انه حيث يقول له اعرتك هذا الرغيف مثلا او هذا الماء انه لا يصح لهُ ولا يجوز ان ينتفع به في الاكل او الشرب بمجرد لفظ الاعارة اذ لا دلالة فيه عَلَى الرضا بالاتلاف بشيء من الدلالات لا في العرف ولا في اللغة لانه انما يدل فيهما عَلَى ماينتفع به مع بقاء عينه فكان معنى لا تصح اعارتها ولا تجوز انه لا يصح اتلافها والتصرف بها وان اعارتها فاسدة لا تفيد شيئاً نعم ان ظهر من المعير الرضا باتلاف العين بقوله اعرتك كان

والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان فرضت لها منفعة حكمية كالتزين بها والضرب على طبعها «الخامس» اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل فان امسكه ضمنه للمحل وان لم يشترط عليه «متن»

ضم اليه قرينة واضحة كان هبة او اباحة وستسمع ماسنذكره في اعارة الدراهم مما يقضي بجواز اعارة الاطعمة والاشربة بالمعنى المتعارف (قوله) ﴿والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان فرضت لها منفعة حكمية كالتزين بهـا والضرب على طبعها﴾ قال في المقنع ليس على مستعير عارية ضمان الا ان يشترط الا الذهب والفضة فانها مضمونان شرط او لم يشترط وهذا باطلاقه يقضي بتسويغ اعارة الدراهم والدنانير ومثله مافي النهاية والمبسوط وقال في المقنعة ليس على المستعير ضمان الا ان يكون ورقا او عينـا ومثله مافي المراسم والوسيلة والغنية والسرائر وغيرها والورق العين المضروبة بل في الوسيلة ذكر الثمن (والحاصل) ان كتب الاصحاب من المقنع الى الرياض مصرحة بان الذهب والفضة والدراهم والدنانير مما تعار مضافا الى الاجماعات المحكية والاخبار الواردة بانهما اي الدراهم والدنانير مضمونان فلا معنى لقوله الاقرب لان الحكم معلوم مقطوع به وحاول في الايضاح الاعتذار عنه قال اعلم ان الشيخ في المبسوط والخلاف جوز اجارة الدراهم وعلل بجواز الانتفاع مع بقاء عينها ويلزم من قوله وتعليله جواز اعارتها ومنع ابن ادريس من اجارتها لانها لامنفعة لها الا باستهلاك عينها ويلزم من تعليله منع العارية (قلت) قد سمعت كلام الشيخ في عارية المبسوط فلا حاجة بنا الى مايلزم من كلامه في الاجارة وكلام ابن ادريس في عارية السرائر وما ذكر في اجارتها انما كان منه بعد موافقة القوم في اول كلامه واعترض على الكتاب في جامع المقاصد بانه اذا كان لها منفعة كما فرضت كان المقتضي موجوداً ولا مانع فلا وجه للمنع فلا يحسن قوله والاقرب حينئذ وقال كان عليه ان يترك قوله ان فرضت الى اخره ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعة وكون المنفعة المقصودة منها غالبا في الانفاق والاخراج وذلك مناف للعارية قال ويرده ان ارادة المنفعـة الضعيفـة بخصوصها ينفي ماذكر انتهى فتأمل فيه ومعنى كلامـه الاخير انه اذا صرح في الاعارة بالمنفعة الضعيفة بان يقول اعرنيها لاتزين بها او لارهنها او لاجذب قلوب الناس الى معاملتي والركون الي حيث يجعل تلك المنفعة مقصدا عظيما له وان ضعفت انتفت المنافات وقد نبه على ذلك كله في التذكرة لكن يرد عليه ان ذلك يجري في اعارة الاطعمة والاشربة والحنطة والشعير وغير ذلك وقد سمعت ما قالوه في الاطعمة فليلحظ (قوله) ﴿الخامس اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل فان امسكه ضمنه للمحل وان لم يشترط﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وما يأتي من الكتاب في فصل الاحكام وكذلك الارشاد وكأنهما قصدا به الرد على الشيخ في المبسوط حيث قال ضمنه للمحل بشرط الضمان وكأنه غير بعيد عن الاعتبار لانه اذا علم ان الصيد اذا وقع بيد المحرم يجب عليه ارساله كان مفوتا لماله ووجه ماقاله المصنف انه من باب الاسباب فكان كمن اعطى ماله لمن يعلم انه يتلفه فانه يضمنه وقد استدل (يستدل خ ل) عليه باطلاق النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه ضمانه لمالكه وفي المبسوط والتذكرة والتحرير انه ان تلف في يده ضمن قيمته لصاحبه المحل والجزاء لله سبحانه وتعالى وهو قضية كلام الكتاب والشرائع ويشكل في الاول لان مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ولا يتجه الاستدلال بالاطلاق المذكور على تقدير تسليم تناوله له لانه معارض بالنص الصحيح الدال على ان العارية غيرمضمونة وهو يشمل الصحيحة والفاسدة وان امكن تخصيص هذا بغير الصيد امكن تخصيص الاطلاق بالصيد المأخوذ من غير اذن ويمكن ان يقـال ان امر الصيد غليظ جدا فربما وجب ضمانه للمالك تغليظا فكانت اخبـار العارية مخصصة بغير الصيد ثم ان قضية كلام الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع

ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام كما يؤخذ من الصيد ماليس بملك ولا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع و يجوز للخدمة وان كان المستعير اجنبياً «متن»

والمصنف في الكتاب والتحرير وصريح التذكرة انه اي المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته (وفيه) انه يشكل الحكم بوجوب اتلاف مال الغير وحق الادمي مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر فينبغي رده على مالكه وضمان الجزاء كما ذكره اخيراً في التذكرة (وقد يقال) لما كان امر الصيد غليظا قدم في المقام حق الله سبحانه على حق الناس فليلحظ ذلك فاني لم اجد من تأمل في الامرين غير المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي وقد قال الاول انه لم يظفر الى الآن بمخالف وترتيبهم الحكم على المحرم المستعير لانه المباشر والمعير معين (قوله) ﴿ ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام كما يؤخذ من الصيد ماليس بملك ﴾ كما ذكر ذلك كله في الشرائع وكذلك الارشاد وقد اعترضها المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي بان المعار شرطه كونه ملكا للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه و بان تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة للغير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه الجواز وبانه يحرم قبوله من المحل لاعانته على الاثم (قلت) من المعلوم ان ذلك انما هو اذا كان المحرم في الحل والصيد في الحل وان ليس هناك الا صورة عارية فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له وانه لاشيء للمحرم عليه وان فعل حراما بالاعانة كما نبه عليه فخر الاسلام في شرح الارشاد بل قد لانقول ان ذلك اعانة بل نوع اكتساب بل قد يكون على بعض الوجوه اعانة على فعل الخير كما اذا كان مصراً على ابقائه في يده او اكله وقال في التذكرة لو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فان قلنا ان المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل لانه اعاره ماليس مالكا له وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل لتعديه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال ومثله قال في الفرع الاول فيما يأتي من الكتاب اذ المراد بالضمان ضمان الجزاء فقد وسم المحرم في الكتابين بالتعدي ولم يسم المحل بانه معين على الاثم فتأمل (ولقائل ان يقول) انه صار مثل صيد الحرم وفيه تامل وقال في التذكرة وان قلنا ملكه لايزول صحت الاعارة وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده وقد اعترض كلامه هذا في جامع المقاصد بان صحة الاعارة مع وجوب الارسال ورفع السلطنة عنه مشكل واثبات القيمة اشكل لان العارية تقتضي عدم الضمان الا ان يراد بالقيمة الجزاء لله سبحانه (قلت) ان كان الصيد تلف عند المحل في الحل كما هو المفروض في عبارة التذكرة وغيرها فلا شيء عليه ولعل صحة الاعارة لان الامر بالشيء لايقتضي النهي عن ضده الخاص عنده فتامل جيدا لانه يمكن ان يقال انهما نقيضان كالحركة والسكون او ان النهي في المعاملة لايفسدها او انه لامر خارج عنها كالبيع وقت النداء لان المنفعة مباحة للمحل واهل للتبرع عليه بالعقد لكن القول بانهما نقيضان يهدم ذلك (وليعلم) ان المقدس الاردبيلي اخذ يتاول الجواز في عبارة الارشاد بتاويلات بعضها بعيد بعضها ثم حمل المعير على ما اذا كان جاهلا او كان غائبا عنه والصيد محبوس في ملكه او في غيره او في يد وكيله ولم يعلم الوكيل اي باحرامه فقال المحل اعرني يعني اعطني انتفع به فاخذه قال وسماها استعارة للاشتراك في الفائدة (قوله) ﴿ ولا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير الاجماع عليه وظاهره انه اجماع من الخاصة والعامة لكن قال في التذكرة لايجوز استعارة الجواري على الاشهر وكأنه يشير الى ماحكاه في المبسوط عن مالك حيث قال بجواز ذلك وقال في الشرائع ولا يستباح وطيء الامة بالعارية وقد يعطي ذلك جواز التقبيل واللمس فتأمل (قوله) ﴿ و يجوز للخدمة وان كان المستعير اجنبياً ﴾ كما نص عليه في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير انه لاخلاف عندنا في جواز عارية الجارية للخدمة سواء كانت حسنة او قبيحة وسواء كان المستعير اجنبياً ام محرما لكن يكره اعارتها للاجنبي

ويكره استعارة الابوين للخدمة و يستحب للترفه و يحرم اعارة العبد المسلم من الكافر (فروع الاول) لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنه المحل لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام وعلَى المحرم الضمان لانه تعدى بالاعارة لما يجب ارساله (الثاني) لوقال اعرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز لكن لايجب وليس علَى واحد منهما اجرة اما لو لم يعر الثاني فالاقرب الاجرة «متن»

وتتاكد الكراهة اذا كانت حسناء خوف الفتنة انتهى وتتاكد كراهية اعارة الشابة لمن لايوثق به صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه ولم يذكر تاكدها فيها في المبسوط وحكي عن الشافعي المنع من اعارتها اي الشابة للخدمة عند من لايوثق به وفي المبسوط وان كانت عجوزا جاز بلاخلاف (قولهُ) ﴿ ويكره استعارة الابوين للخدمة و يستحب للترفه ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والوجه في الحكمين واضح (قولهُ) ﴿ و يحرم اعارة العبد المسلم من الكافر ﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفًا (قوله) ﴿ فروع الاول لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنهُ المحل لزوال ملك المحرم بالاحرام وعلَى المحرم الضمان لانه تعدى بالاعارة لما يجب ارساله ﴾ قد تقدم الكلام فيه ايضا بما لامزيد عليه (قولهُ) ﴿ لوقال اعرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد قال في الاخير لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المذكور شرط لاعوض ولا ريب ان العارية عقد يقبل الشرط الذي لاينافي مقتضاه وليس الشرط عوضا انما العوض ماجعل مقابلا كهذا بهذا (قلت) هذا تفصيل ما اجمله في التذكرة ونحوه مافي الايضاح من انهُ شرط وليس بعوض لان المقتضي للعوضين عقد واحد وهنا ليس كذلك انتهى فتأمل فيه ولعله اراد بالعقد الواحد ما اذا قال لهُ اعرتك بدرهم و بالعقدين ما اذا قال له اعرتك لتعيرني وقد تقدم لنا ان هذا شرط ينافي مقتضى العقد ثم انهم قد قالوا في باب شروط البيع ان الشرط داخل في احد العوضين وقالوا في مواضع انه جزء من الثمن ورتبوا علَى ذلك مارتبوا لكن قد يقال ان هذا ليس من ذاك ونظرهم في المقام الى ماقالوه في باب القرض بشرط البيع محاباة من انه لو قال له اقرضتك هذه المائة درهم بشرط ان تزيدني خمسين درهمًا كان حراما وربا لان الزيادة جاء بها العقد بنفسه وانهُ لو قال له اقرضتك هذه المائة بشرط ان تبيعني دارك التي تساوي مائة بخمسين فلا ربا لأن هذه الزيادة جائت بواسطة عقد اخر وما نحن فيه من هذا القبيل فانهُ اذا قال لهُ اعرتك بدرهم فالعوض جاء به العقد الواحد واذا قال له اعرتك بشرط ان تعيرني فقد جاء العوض بواسطة عقد اخر فليلحظ ذلك في باب القرض وفي نسختين من التحرير انهُ لو قال اجرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز و يحتمل ان يكون اراد جواز الاجارة و يمكن توجيهه بوجوه وان يكون اراد جواز الاعارة ويحتمل ان يكون اجرتك من سهو النساخ اثبتوها مكان اعرتك وقد تقدم في الكلام علَى التعريف مالهُ نفع في المقام (قوله) ﴿ لكن لايجب ﴾ اي لايجب علَى المستعير عارية ما اشترطه المعير كما في التذكرة وجامع المقاصد للاصل وانتفاء المقتضي (قوله) ﴿ وليس علَى واحد منهما اجرة ﴾ اي للاخر لان بناء العارية علَى التبرع (قولهُ) ﴿ اما لو لم يعر الثاني فالاقرب الاجرة ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد قال في التذكرة لان الاذن في الانتفاع لم يقع مطلقا بل مع سلامة النفع اي الشرط فاذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض ووجههُ في الايضاح بان كل شرط صح في عقد يثبت الفسخ بفواته فاذا فسخت العارية التي مبيح العين بغير عوض فوجبت الاجرة وهذا ان تم فانما يؤثر فيما سيأتي اما ماسبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا وقد اطال في جامع المقاصد في تحقيق ذلك ولكن المولى الاردبيلي قال انهُ لم يعرفهُ تحقيقا وهو كذلك علَى الظاهر وحاصله ان عقد العارية في غاية الضعف لانهُ يعول في العقد

ولو قال اعرتك الدابة بعلفها فهي اجارة فاسدة تقتضي اجرة المثل وكذا اعرتك الدابة بعشرة دراهم ز الثالث) لو اذن الولي للصبي في الاعارة جاز مع المصلحة (الرابع)تجوز استعارة الفحل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده «متن»

فيها عَلَى قرائن الاحوال كظروف الهدايا وثمرته في غاية الضعف لانه مجرد اباحة فتنتفي ثمرته بادنى سبب وهو انتفاء الشرط لا ان انتفائه يسلط عَلَى الفسخ كما في العقد اللازم القوي ولعل التحقيق ان المطلوب في العقود التمليك مثلا واللزوم فانتفاء الشرط يسلط عَلَى فسخ اللزوم وذ كذلك العارية فان المطلوب فيها مجرد الاباحة فالشرط فيها شرط للاباحة فاذا انتفى انتفت ولعله اراده ولم يحرره(فرع)قال في التحرير لو قال اغسل ثوبي فهو استعارة لبدنه ان كان مما لا يؤخذ عليه اجرة (قوله) ﴿ لو قال اعرتك الدابة بعلفها فهي اجارة فاسدة تقتضي اجرة المثل وكذا اعرتك الدابة بعشرة دراهم ﴾ فرض الاولى فيما اذا كان العوض والمدة مجهولين والثانية فيما اذا كان المدة مجهولة ولم يستجود في التذكرة كونها اجارة فاسدة وفي كلامه بعد ذلك مايقضي بانها عارية صحيحة قال في التذكرة له الانتفاع فيهما بالاذن ولا تضر الجهالة في العوض ولا في المدة لكونها من العقود الجائزة(قلت)المضاربة والوكالة والهبة من العقود الجائزة وقد قالوا لاتصح المضاربة عَلَى المجهول واشترطوا في الموكل فيه ان يكون معلوما نوعا من العلم وقالوا لاتصح هبة المجهول وقد يفرق بينه (بينها خ ل) و بين العارية فان ما اشترط فيه العلم في هذه اركان فيها (وفيه) ان من اركان العارية مالا يشترط فيه العلم فيصح ان يعيره احد مافي الاصطبل من الدواب(وكيف كان)فمراده في التذكرة ان من العقود الجائزة مالا يشترط فيها ولا فيما يشترط فيها مايشترط في اللازمة وما يشترط فيها وليس مانحن فيه من المعاطاة في العارية لان معاطاتها لاتزيد عليها ولا فارق بينهما الا الصيغة وعدمها فينبغي ان تكون اعارة فاسدة وهو احد وجهي الشافعية فليس عليه ضمان لانها لايضمن بصحيحها وعليه اجرة المثل لان المالك لم يبذل المنفعة مجانا بل بعوض فاذا فات لفساد العقد وجبت اجرة المثل واما كونها عارية فاسدة فلان الاصل في اللفظ ان يكون حقيقة وكونها مجازا في الاجارة حتى تكون اجارة فاسدة يحتاج الى دليل ومع ذلك فالعقود بالقصود ومع قصد العارية باللفظ كيف يكون اجارة وفي جامع المقاصد ان التحقيق ان يقال ان اراد المصنف بقوله فهي اجارة فاسدة انها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض ومن حيث الحكم باعتبار وجوب اجرة المثل اذ المالك لم يبذل المنفعة مجانا وامتناع معنى العارية لانتفاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه فهو حق(قلت)الممتنع انما هو معنى العارية الصحيحة لا الفاسدة وقال وان اراد ان لفظ العارية مراد به الاجارة البته ولا يقع عَلَى هذا العقد اسم العارية الفاسدة فليس كذلك ومن اين يعلم هذا والاصل في الاستعمال الحقيقة نعم شبهه بالاجارة الفاسدة اكثر فلعل المصنف اراد هذا المعنى فيندفع الاشكال عن كلامه انتهى وليعلم انه قد ذهب في الشرائع الى جواز الاجارة بلفظ العارية (قولهُ) ﴿ الثالث لو اذن الولي للصبي في الاعارة جاز مع المصلحة ﴾ لاشك في الجواز مع المصلحة والعبرة باذن الولي لابعبارة الصبي (قولهُ) ﴿ ويجوز استعارة الفحل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك (قولهُ) ﴿ واستعارة الشاة للحلب ﴾ اجماعا كما في المسالك عَلَى تامل لهُ في تحققه ومجمع البرهان والمفاتيح وفي موضع اخر من مجمع البرهان كأنهُ لاخلاف فيه وفي الكفاية وموضع اخر من مجمع البرهان الظاهر انهُ لاخلاف فيه وقد اخذه جماعة من باب الاجارة مسلما وظاهرهم انهُ اجماعي و بالحكم صرّح في المبسوط والشرائع

وكذا غيرها « متن »

والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ومجمع البرهان قال في الاخير لانهُ لامانع منه عقلا ولا نقلا والاصل الجواز وتسلط المالك عَلَى ملكه فله ان يسلط غيره عليه بالانتفاع به ولانهُ بمنزلة الوكالة في الانتفاع ولانه قد وجد جميع شرائط صحتها فتوجد ضرورة ولانهُ قد يحتاج اليها فشرعها يناسب الشريعة السمحة والحكمة ولعموم ادلة العقود انتهى فتأمل واستدل عليه في التذكرة بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انهُ قال العارية موداة والمنحة مردودة والدين مقضي والغريم غارم والمنحة هي الشاة ويأتي تمام الكلام ولقد اغرب في الغنية قال في باب الهبة ومن منح غيره ناقة او بقرة او شاة لينتفع بها مدة لزمه الوفاء بذلك اذا قصد به وجه الله تعالى (قوله) ﴿ وكذا غيرها ﴾ اي يجوز استعارة غير الشاة للحلب من الانعام وغيرها وعداه في التذكرة الى غير اللبن من الصوف والشعر قال في التذكرة تجوز اعارة الغنم للصوف والشعر واستدل عليه بان الحكمة تقتضيه و بما رواه العامة وهو ماسمعته من الخبر النبوي و بما رواه الخاصة عن الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمنا شيئا معلوما او دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا قال لا باس بالدراهم ولست احب ان يكون بالسمن وعن عبدالله ابن سنان في الصحيح انه سئل الصادق (ع) عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر قال لاباس بالدراهم فاما السمن فلا احب ذلك الا ان تكون حوالب فلا باس قال واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه اولى ومراده اذا جاز اعطاء اللبن بالسمن والدراهم فاعطائه بدون ذلك اولى وليس مراده ماذكره في مجمع البرهان بعد نقل كلامه من انه اذا جاز جعل اللبن عوضا لعمل الراعي من الرعي والحفظ فاعطائه بلا عوض يكون جائزا بالطريق الاولى واكثر ماحكيناه عن مجمع البرهان مما استدل به عَلَى جواز استعارة الشاة للبن جار في استعارتها للصوف واستعارة غيرها للبن وغيره وميل في المسالك والكفاية والرياض الى عدم التعدي عن محل الوفاق وفي الروضة انه اجود قال في المسالك لعدم الدليل مع وجود المانع وهو ان الاعارة مختصة في الاصل بالاعيان ليستوفى منها المنافع والنص من طرقنا غير واضح ومن طرق العامة لايدل عَلَى غير الشاة انتهى (وفيه) ان الدليل ماتقدم من الاصل وغيره والمانع الذي اشار اليه هو قول جماعة منهم في تعريفها انها عقد فائدته التبرع بالانتفاع بالعين مع بقائها (وفيه) انه قد يقال ان الانتفاع قد يكون باخذ عين اخرى منها كلبنها ونمائها وثمرتها لانه يقال عرفا انه انتفع بهذه النخلة والشاة اذا اخذ من ثمرة النخلة وصوف الشاة ولبنها وولدها وقد يكون بمجرد الانتفاع بمنفعتها فاطلاق المنفعة عَلَى الاعيان الحاصلة من الاعيان المعارة جائز واقع لغة وعرفا بل وشرعا كما في المنحة التي هي محل اجماع فلم يبق الا اجماعهم عَلَى عدم صحة اجارة الشاة لصوفها ولبنها لانها لتمليك المنفعة لا العين مع انه يقضي ايضا بعدم صدق المنفعة عَلَى العين (وفيه) ان حمل الاعارة عَلَى الاجارة قياس ولا تلازم بينهما واستوضح ذلك باجماعهم عَلَى جواز اعارة الشاة للحلب مع انه لايجوز اجارتها لذلك مع انه قضى اي اجماعهم في باب الاعارة بصحة صدق المنفعة عَلَى العين كما عرفت (١) فتصح اعارة النخلة والزيتونة والتينة والتوثة وغيرها من الاشجار التي ينتفع باثمارها او اوراقها لان العارية اباحة محضة فان لم تسمها عارية فباي عقد تدخلها بل تصح استعارة الجارية للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك وقد يقال انها نوع اباحة على حدة كما فيما لو قاطعه عَلَى اللبن مدة معينة بعوض معلوم فانهم قالوا انها ليست بيعاً ولا اجارة بل نوع معاوضة ومراضاة سائغة غير لازمة ولا بد من ملاحظة المسئلة في باب الاجارة فانا اسبغنا الكلام فيها

(١) وعلى تقدير تسليم عدم تناول التعريف لذلك نقول انهُ مبني على الغالب كما اجمعوا على ان كل ماتصح اعارته تصح اجارته ولا ريب انهُ اكثري وغالبي والا فهذه المنحة تصح اعارتها ولا تصح اجارتها وقد اجمعوا ايضا على انها جائزة واجمعوا على لزومها في بعض الاحوال (منه)

(الفصل الثاني) في الاحكام وهي اربعة (الاول) الرجوع ٠ العارية عقد جائز من الطرفين الا اذا اعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الا ان يندرس اثر المدفون فلو رجع في اذن البناء او الغرس قبلهما وجب الامتناع فان غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالاجرة وطم الحفر ولو رجع بعد البناء او الغرس او الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس ولو قبل ادراكه «متن»

﴿ الفصل الثاني في الاحكام وهي اربعة ﴾

(قوله) ﴿ الاول الرجوع العارية عقد جائز من الطرفين ﴾ اجماعا كما في التذكرة والمسالك وكذا التحرير لان العارية تبرع وتفضل فلا يناسبه الالزام فيما يتعلق بالمستقبل وفي الكفاية انه الاشهر نظرا الى خلاف ابي علي حيث حكم بلزومها من طرف المعير اذا عين لها مدة لكنه خص الحكم باعارة الارض القراح للغرس والبناء (قوله) ﴿ الا اذا اعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الا ان يندرس اثر المدفون ﴾ ونحو ذلك ما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان الاجماع ذكراه في اثناء كلام لها وقال في التذكرة اذا اعار لدفن ميت مسلم ثم رجع بعد الدفن لم يصح رجوعه ولا قلع الميت ولا نبش القبر الى ان يندرس الميت لما فيه من هتك حرمة الميت ولا نعلم فيه خلافاً وغرضه نفيه من الخاصة والعامة وحكى ذلك عن التذكرة في جامع المقاصد ساكتا عليه وفي موضع اخر من المسالك ان عدم صحة الرجوع موضع وفاق حكاه في التذكرة ولا كلام في انه له ان يرجع قبل الحفر او بعده قبل وضع الميت و به صرح في التذكرة وغيرها وانما الكلام فيما اذا رجع بعد وضع الميت وقبل ان يواريه في التراب ففي التذكرة والكتاب فيما ياتي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ان له الرجوع ولعله لعدم صدق النبش بعد الوضع وقبل الطم لغة ولا عرفا (وقد يدعى) انه نبش في عرف الشرع لاستلزامه هتك حرمة الميت ولهذا امروا بقص النجاسة اذا لم يمكن غسلها ولم يجوزوا اخراجه بعد وضعه لغسلها ولا نقله الى قبر اخر بعد وضعه الا الى احد المشاهد المشرفة فليتامل لانا قد نقول كما سياتي ان الوجه في المنع من الرجوع ليس هو لاستلزامه النبش المحرم كما في جامع المقاصد بل لان المقصود من مثل هذه العارية التابيد كما مر بيانه مفصلا وياتي عن قريب وقال في التذكرة ان مؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت واستشكل في المسالك والروضة والرياض فيما اذا تعذر عليه غيره مما لا يزيد عوض الحفر واجرته عنه فيقوى كونه من مال الميت وقد يقال ان ذلك عَلَى المالك لانه اذن في الوضع ثم منع فكان مثل ارش الزرع كما ياتي فتامل واتفقت كلمة من تعرض للفرع انه ليس عليه طم الحفر لانه ماذون فيه والمراد بالميت المسلم كما في التذكرة ومن بحكمه كولده والمجنون واللقيط كما في غيرها والمرجع في اندراس اثر المدفون الى النظر الغالب بحسب التراب والاهوية (قوله) ﴿ فلو رجع في اذن البناء والغرس قبلهما وجب الامتناع ﴾ كما هو معلوم بالاجماع كما انه يجوز اعارة الارض للبناء والزرع والغرس بلا خلاف كما في المبسوط (قوله) ﴿ فان غرس فللمالك القلع والمطالبة بالاجرة وطم الحفر ﴾ وكذا ارش النقص ان نقصت لانه حينئذ غاصب ظالم وليس لعرق ظالم حق وقد فوت منفعتها واتلف بعض اجزائها (قوله) ﴿ ولو رجع بعد البناء او الغرس او الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس او الزرع ولو قبل ادراكه ﴾ وكذا ارش البناء وتركه اكتفاء ببيان حكم الزرع والغرس كما صرح بجميع ذلك في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكما صرح بالاجابة مع دفع الارش في الغرس في الخلاف

(وفيه) انا اجمعنا على ان له قلعه مع الضمان وكما صرح بذلك في السرائر في الغرس والبناء وصرح بذلك في الزرع والغرس في الارشاد وكما هو ظاهر المختلف في الزرع ولو قبل ادراكه ونحوه ما في شرح الارشاد لولده (وليعلم) انه لا ارش في الزرع الا قبل الادراك فكل من ذكره فيه اراد ذلك واطلاق هذه العبارات جميعها واطلاق عبارة صلح الكتاب والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك في خصوص البناء بل والايضاح هنا (هناك خ ل) يتناول ما اذا كانت العارية مطلقة غير مقيدة بمدة او كانت موقتة بامد معين بل في كل من البناء والغرس والزرع كما في الكتاب هنا وما وافقه وفي الغرس كما في الخلاف وفيه وفي البناء كما في السرائر وفي الزرع والغرس كما في الارشاد وقال في الايضاح في الباب ان الخلاف في مسئلتين (احداهما) في البناء والغرس فان العارية لهما ان لم تكن الى مدة جاز الرجوع فيها اجماعاً وان كان الى مدة قال ابن الجنيد لا يجوز قبل انقضائها (والثانية) في الزرع قال الشيخ وابن ادريس ليس له قلعه قبل ادراكه وان دفع الأرش لان له وقتا ينتهي اليه انتهى (قلت) يشهد له انه قال في المبسوط اذا اذن له في الغرس ولم يعين له مدة فغرس كان له المطالبة بالقلع اذا دفع الارش وقال اذا اذن له الى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف ولعل نظره الى هذا في الايضاح وعبارة التحرير ليست ظاهرة في هذا التفصيل وانما فيها تفصيل اخر وقال في جامع المقاصد بعد نقل كلام الايضاح بالمعنى ما نصه وكلام الشيخ في المبسوط في العارية وكلام ابن ادريس في السرائر مصرح بالمنع من الرجوع في الموضعين المذكورين وعنى بهما الزرع قبل ادراكه وما اذا كانت عارية البناء والغرس موقتة بامد معين ثم قال لكن هذا لا يدل على ما ادعاه من الاجماع (قلت) في كلام المبسوط شهادة على ذلك ولم يصرح في السرائر بالمنع في صورة التوقيت كالمبسوط والموجود فيها انه يجبر المستعير على القلع في البناء والغرس من دون فرق بين الاطلاق والتوقيت كما حكينا عنها انفاً هذا والشيخ في صلح المبسوط لم يجوز له الرجوع مادامت الجذوع في صورة الاطلاق في البناء لان المقصود بوضعها التابيد دون القلع وهو المحكي عن القاضي وكأنه مال اليه او قال به الشهيد وقد قويناه في باب الصلح لمكان الضرر الذي لا يجبره الارش لانه قد لا يجد من يبني له وانه لو لم يعره لربما سهل عليه تحصيل غيره فقد غره ولا يعارضه ان المنع ايضا ضرر على المالك لانه هو ادخله على نفسه والعادة بان هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكانت كالعارية للدفن ولا يجدي الفرق بان النبش حرام وانه قياس لتنقيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق اذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبش حراما بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات وهذا كله جار في الغرس ووجهه ما قالوه هنا ان بناء العارية على الجواز واللزوم يحتاج الى دليل وهو منتف واللزوم في الدفن خرج بالاجماع والقياس باطل مع وجود الفارق فان هتك حرمة المسلم لا بدل لها بخلاف ما يتلف من المال بالقلع فان له بدلا (قولكم) لا ضرر ولا ضرار (قلنا) هو مشترك بين المعير والمستعير والضرر لا يدفع بالضرر مع انه اذا دفع الارش حصل الجمع بين الحقين وانت قد عرفت الحال في ذلك وان هتك حرمة المسلم واذيته واذلاله لا بدل لها في بعض الصور كما اذا هدم بناءه في الشتاء حيث لا يجد غيره ولا يضرنا اجماع الايضاح كما لم يلتفتوا هم الى اجماع المبسوط وقد اتفقت كلمتهم في المقام على لزوم الارش كما سمعت وفي مجمع البرهان انه هو المسطور في الكتب فكأنه لا خلاف فيه (قلت) قد استشكل فيه المصنف وولده والشهيد من انه بناء وغرس محترم صدر باذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه ومن انه اي المستعير قد ادخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتخريب في اي وقت شاء فكان هو المهدم والسبب مع ان الاصل برائة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهة تخليص ملكه منه بل اصالة البرائة مطلقا هذا وعلى تقدير ثبوت الارش هل هو عوض ما نقص من آلات الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب او عوض جميع ما اخرجه المالك حتى اجرة الاكار اقوال واحتمالات تقدم بيانها في باب الصلح و ياتي ايضا وفي الشرائع والمسالك ومجمع البرهان ليس له

والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة او الابقاء بالاجرة عَلَى التراضي منهما ولو رجع في عارية الجدار لوضع خشب قبله جاز و بعده عَلَى الاقوى «متن»

المطالبة بدون الارش وهومقتضى كلام التذكرة اذ قد يقلع ولم يعطه شيئاً بخلاف ان اخذ ولم يقلع فانه وان كان فيه ضرر ولكن يتولى الامر الحاكم فيجبره والا قلعه بنفسه(والحاصل)انهذا الدفع نوع من المعاوضة ومن شانها انهما مع الاختلاف يجبران عَلَى التقابض وانما حكموا هنا بسبق دفع الارش لامتناع المعية وفي البسط عَلَى الاجزاء حرج والضرر عن الدافع مندفع بخلاف العكس فلذا حكموا بتقدمه ونبه بقوله ولو قبل ادراكه عَلَى ردخلاف المبسوط والسرائر حيث منع فيهما من الرجوع في العارية للزرع قبل ادراكه لان له امدا ينتظر فلا يجوز الرجوع قبله كما سمعته انفا فهو متعلق بالزرع خاصة كما هو الواقع لان الخلاف انما هو فيه وعليه نبهت عبارة الشرائع حيث فصله عن البناء والغرس ولا يصح ان يكون تنبيهاً عَلَى خلاف ابي علي فيكون متعلقاً بحكم الغرس والبناء لوجوه ولا ترجيح في التحرير وما اختاره هنا هو المشهور كما في الكفاية وخيرة الشرائع كما سمعت والمختلف وجامع المقاصد والمسالك لكنه سيستشكل المصنف فيه قريباً ولما كان الارش مترتباً عَلَى التفاوت بين الحالتين فحيث ينتفي التفاوت كما اذا كان الرجوع بعد ادراك الزرع لا ارش فالاتيان بلو او صلية يحتاج في توجيهه الى تكلف تعرض له في جامع المقاصد والمسالك والارش في الزرع هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً و بين كونه مدركا ان كان للمقلوع قيمة والا فيحتمل جميع قيمته اذا ادرك (قوله) ﴿ والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة ﴾ اي عَلَى التراضي منهما كما يأتي وهو خيرة التذكرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد ووجهه ظاهر لانه معاملة في بيع والمخالف الشيخ في المبسوط قال وان قال المعير انا اغرم لك قيمتها فطالبه باخذ القيمة كان ذلك له واجبر المستعير عَلَى قبضها لانه لا ضرر عليه وحكى مثله عن ابي علي فيما اذا كانت الاعارة غير موقتة وفي التحرير بعد نقل كلام الشيخ ان فيه نظرا ولعلها نظرا الى ان قلعه سفه وان العارية مكرمة ومبرة واحسان فلا يليق منع المعير ولا تضييع مال المستعير والاصل في ذلك الموثق الذي رواه الشيخ في باب المزارعة في رجل اكرى دارا وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وشجرا وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الارض والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك لكن ليس في رواية الكافي ان كان استأمره في ذلك فعليها يكون الخبر لابي علي فيما يذهب من ان لصاحب الارض المغصوبة ان يتملك مازرع الغاصب فيها وما غرس كما يأتي الكلام فيه مسبغا في باب الغصب و باب الاجارة. وضعفوه بان نقل الملك من مالك الى اخر لايكفي فيه عدم الضرر بل لابد من التراضي و يأتي للمصنف في باب الاجارة موافقة المبسوط وقد اسبغنا الكلام فيه هناك وقد استدل عليه في مزارعة الخلاف بالاجماع والاخبار ومفهوم الخبر المشهور ليس لعرق ظالم حق و بخبر عايشة كما بيناه في باب الاجارة (قوله) ﴿ اوالابقاء بالاجرة عَلَى التراضي ﴾ اجماعاً كما في الايضاح وفي التحرير لو قال المستعير انا ادفع قيمة الارض لم يلزم المالك اجابته اجماعاً ولعله لما تقدم ولان الارض اصل والغرس والبناء تابعان و ينبغي التأمل في وجه درجة تحت الاقرب مع انه اجماعي ولعل المصنف نظر الى ان كلام الشيخ في مثله يقضي بانه لايتوقف هنا عَلَى التراضي كما بيناه في باب الأجارة (قوله) ﴿ ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز ﴾ اجماعاً مستفيضاً نقله كما تقدم في باب الصلح (قوله) ﴿ و بعده عَلَى الاقوى ﴾ قد تقدم الكلام فيه في باب الصلح وحكينا هناك جواز الرجوع عن عشرة كتب في البابين وحكينا عدم جوازه عن الشيخ والقاضي وقويناه وقلنا ظاهر الشهيد في الدروس التردد ولعله انما اعاده ليرتب عليه ما بعده او يكون غفل عنه

فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضا المستعير و بين القلع مع دفع ارش النقص وان ادّى الى خراب ملك المستعير لكون الاطراف الاخر مثبتة عليه على اشكال ولو انهدم الحائط او ازال المستعير الخشب باختياره او باكراه اوانقلعت الشجرة لم يملك اعادته سواءً بنى الحائط بآلته او بغيرها مالم يجدد له الاذن (فروع الاول) لو رجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز (الثاني) لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس كان له القلع مجانا عَلَى اشكال وفي استحقاق الاجرة قبله نظر «متن»

لتطاول العهد (قوله) ﴿ فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضا المستعير و بين القلع مع دفع ارش النقص ﴾ يريد ان المعير يستفيد برجوعه تخيير الشارع له بين الامرين (قوله) ﴿ وان ادى الى خراب ملك المستعير بكون الاطراف الاخر مثبتة عليه عَلَى اشكال ﴾ كما في الشرائع والتحرير وهو ظاهر التذكره ومجمع البرهان حيث لا ترجيح وفي المبسوط والسرائر والارشاد الجزم بمنعه من الرجوع وان بذل الارش واختير في المختلف والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ان له الرجوع واحتجوا للشيخ بان رجوعه اي المعير مستلزم للتصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه والثابت له شرعا انما هو تفريغ ملكه لا تخريب ملك الغير وهو احتجاج واه ضعيف جدا ولهذا اجابوا بانها عارية ومن لوازمها جواز الرجوع وما ذكر لا يصلح للمنع لان تفريغ مال المعير مع المطالبة واجب فاذا توقف عَلَى تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب الا بها فيجب من هذه الحيثية والمستعير ادخل الضرر عَلَى نفسه ببنائه في ملكه بناء معرضا للزوال والاجود في الاستدلال للشيخ بلزوم الضرر الذي لا يجبره الارش وان العادة قاضية في مثل ذلك باللزوم و بدونه لا يرتكبها عاقل فكانه قال اعرني مادام خشبي باقيا وليس لك الرجوع قبله وقد اعاره والتزم بذلك فكانت كالعارية للدفن كما تقدم بيانه و بهذا يصير لكلام الشيخ ومن وافقه وجه ولعل ذكر هذا الفرع هو السبب في اعادة المسئلة التي قبله كما نبهنا عليه انفا (قوله) ﴿ ولو انهدم او ازال المستعير الخشب باختياره او باكراه او انقلعت الشجرة لم يملك اعادته سواء بنى الحائط بالته او بغيرها مالم يجدد له الاذن ﴾ قد اسبغنا الكلام واستوفيناه في المسئلة في باب الصلح وحكينا عن ظاهر التذكرة الاجماع عَلَي ذلك وحكينا الحكم عن عشرة كتب وقلنا ان الشيخ تعرض للمسئلة في اربعة مواضع من المبسوط وانه لا يرد عليه ما اورده في المختلف (قوله) ﴿ فروع الاول لو رجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز ﴾ قد تقدم الكلام فيه مستوفى انفا (قوله) ﴿ الثاني لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجانا عَلَي اشكال ﴾ اذا رجع المعير قبل الغرس وقد علم المستعير فان غرس حينئذ وجب عليه قلعه مجانا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم حق و يجب عليه اجرة ما استوفاه من منفعة الارض عَلَى وجه التعدي وطم الحفر لانه غاصب واما اذا لم يعلم حتى غرس فالاقوى ان ليس له القلع مجانا بل مع الارش كما لو لم يرجع لانه غير مفرط ولا غاصب كما في التذكرة و يشبه تصرف الوكيل جاهلا بالعزل وقد جعل منشأ الاشكال في الايضاح وجامع المقاصد من ان الماذون له في امر اذا رجع الآذن ولم يعلم الماذون هل يبطل اذنه ام لا وقد اختير فيهما في الوكالة انه لا يبطل اذنه اذ لو بطل اذنه ونفذ هنا رجوعه لاقتضى تكليف مالا يطاق لانه يستلزم خطاب الغافل لكن المصنف هناك اختار انعزال الوكيل بالعزل سواء علم ام لا وياتي تحقيقه في باب الوكالة ان شاء الله تعالى (قوله) ﴿ وفي استحقاق الاجرة قبله نظر ﴾ اي في وجوب الاجرة لذلك واستحقاقها قبل القلع نظر اصحه عدم الوجوب كما في جامع المقاصد وهو قضية كلام الايضاح اذ منشأ النظر هو منشأ الاشكال المتقدم فان الرجوع ان نفذ كان تصرفه في ملك الغير بغير اذن فتجب الاجرة والا

ولو حمل السيل نواة فنبتت في ارض غيره اجبر المالك عَلَى القلع والاقرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه ولصاحب الارض الازالة مجاناً (الثالث) لو رجع في اذن الزرع وقد بلغ القصل وجب قصله مجاناً لانتفاء الضرر ومع الضرر الارش «متن»

فلا (قوله) ﴿ ولو حمل السيل نواة فنبتت في ارض غيره اجبره المالك عَلَى القلع ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان ملكه قد شغل ارض غيره بغير حق فيجب تخليصها منه ولا ارش عليه كما في المبسوط والسرائر والشرائع وهو معنى قول المصنف ولصاحب الارض الازالة مجانا (وقد يقال) انه لا يجبر ان كان زرعاً لان قلعه اتلاف عَلَى المالك ولم يوجد منه تفريط ولا عدوان وضرره غير دائم فاشبه ما لو حصلت دابته في ملك غيره عَلَى وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب او قتلها فانه لا يجبر عَلَى قتلها فيقر في الارض الى حين حصاده باجرة المثل بخلاف الشجر فان ضرره يدوم فيجبر عَلَى ازالته كاغصان الشجرة السارية في هواء ارض غيره وهو قوي لكن يشهد لكلامهم في المقام كلامهم في باب الديات فيمن دخلت دابته زرعه المحفوف بملك الغير و يوافق كلامهم في باب الغصب فيما اذا وقع دينار في محبرته او دخل فصيل بيته من دون تفريط منهما (والذي ينبغي ان يقال) في المقام ونحوه مما لا تقصير فيه من احد ان يلحظ الاكثر ضررا اما لدوام الضرر او لغيره فيجبر الاخر عَلَى الازالة فان تساويا فيجاب من بذل الارش ويجبر الاخر فان بذلا او امتنعا فالقرعة فليلحظ هذا الضابط وقال في التذكرة لو حمل السيل حب الغير او نواه او جوزه او لوزه الى ارض اخر كان عَلَى صاحب الارض رده عَلَى مالكه ان عرفه والا كان لقطة فان نبت في ارضه وصار زرعاً او شجراً فانه يكون لصاحب الحب والنوى والجوز واللوز لانه نماء اصله كما ان الفرخ لصاحب البيض لا نعلم فيه خلافاً انتهى وفي المبسوط والسرائر وجامع المقاصد ان له عَلَى المالك اجرة الارض لانها حصلت فيها بغير صنع منه وفي الاخير ان ذلك اذا قصر في القلع وقضية كلامه ان ليس عليه اجرة ان لم يقصر فيه وقد يقال ليس عليه اجرة اصلا لانه قد حصل بغير تفريط فاشبه ما لو ماتت دابته في دار انسان بغير تفريطه فليتأمل وقد تعرضنا لهذه المسئلة في باب المزارعة فلتحظ هناك (قوله) ﴿ والاقرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه ﴾ كما في التحرير والاقوى كما في الايضاح والاصح كما في جامع المقاصد في الباب و باب المزارعة و به جزم في التذكرة قال فاشبه فصيلا دخل دار انسان ثم كبر فاحتاج صاحبه الى نقض باب الدار فان عليه رده واصلاحه لانه فعله لتخليص ملكه وهذا التعليل مشترك بين صاحب الارض والنوى فلا يستلزم ما ادعاه بل الفائدة في التخليص لصاحب الارض اكثر بل قد لا يكون للمالك فائدة ولعل الاولى في التعليل ان يقال ان شغل ارض المالك لما كان بغير حق وجب ان يكون دفع ذلك واجباً عَلَى مالك النوى وما يحدث من الضرر عليه ازالته فتأمل والحظ ما اذا تركه لصاحب الارض واعرض عنه فانه لا يلزمه نقله ولا اجرة ولا غير ذلك لانه حصل بغير تفريطه ولا ريب ان صاحب الارض حينئذ مخير بين ابقائه و بين قلعه واما اذا كان النوى والحب مما اعرض عنه المالك فلصاحب الارض تملكه ولصاحبه الرجوع فيه قال في جامع المقاصد ولو جهل المالك مع عدم تحقق الاعراض فهو مال مجهول المالك (قلت) هو لقطة كما مر عن التذكرة يجب تعريفه الا ان يحصل الياس من مالكه في الحال فيجوز التصدق به وان اراد تملكه فلا بد من التعريف (قوله) ﴿ ولصاحب الارض الازالة مجانا ﴾ قد تقدم الكلام فيه (قوله) ﴿ لو رجع في اذن الزرع وقد بلغ القصل وجب قصله مجانا لانتفاء الضرر ومع الضرر الارش ﴾ وقال في التحرير ان كان مما يمكن حصاده قصيلا فالوجه التردد وقال في التذكرة اذا استعار للزرع فزرع ثم رجع المعير قبل ان يدرك الزرع فان كان مما يعتاد قطعه بالقصل قطع فان امتنع اجبر ان لم ينقص بالقصل ولا ارش اذ لا نقص وان نقص فله القطع لكن مع دفع الارش وان

(الرابع) لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر الزم الوفاء ولا ارش وان شرط الاول لم يكلف المستعير التسوية (الخامس) لو لم يشترط القلع فاراده المستعير فله ذلك وهل عليه التسوية اشكال ينشأ من انه كالمأذون في القلع باصل الاعارة ومن انه قلع باختياره فليرد الارض كما كانت « متن »

كان مما لا يعتاد قطعه فالاقرب ان حكمه حكم الرجوع في الغرس في القلع والتبقية فقد التفت في التذكرة عَلَى ما فهمه منها صاحب جامع المقاصد الى ان اطلاق الزرع في كلام المعير والمستعير ينزل عَلَى العادة الغالبة فيه فان كان مما يعتاد قصله تنزل الاعارة عليه فيجب قصله عند بلوغه او ان القصل مع الارش وبدونه عَلَى التفصيل والا فالاقرب ان حكمه حكم الرجوع في الغرس وقد جزم فيه اي الغرس فيها اي التذكرة بالرجوع مع الارش والمصنف هنا لم يفصل بالاعتياد وعدمه وقضية اطلاق كلامه الجزم بوجوب قصله وقطعه مجانا اذا رجع ولا ضرر وان لم يعتد قصله فالمخالفة انما هي في خصوص هذا الشق وعند التحقيق لا اختلاف بين الكتابين في الحكم ولا اراه الاراد في احدهما ما اراده في الاخر مع اختصار في عبارة الكتاب لان مالا يعتاد قصله لا يقال فيه انه بلغ القصل فتامل وفي جامع المقاصد انهما متخالفان فوافق هو التذكرة وخالف الكتاب ولم يظهر لنا الاختلاف الا ان يكون قد اراد انه اذا كان حكمه حكم الغرس تكون المسئلة خلافية بخلاف ما اذا كان معتاد القصل فانه لا خلاف فيه وقد علمت ان الخلاف هناك ضعيف نعم في كلام المصنف في الكتاب مخالفة وهو انه في الغرس قال الاقرب اجابته وقضية اطلاقه هنا الجزم بوجوب الاجابة (ثم) ان في عبارة التذكرة مناقشة عَلَى ما فهمه منها صاحب جامع المقاصد وهو انه فرض المسئلة فيها فيما اذا اعاره للزرع ثم رجع قبل ان يدرك فالظاهر انه استعارها له الى ان يدرك ثم فصل بانه ان كان مما لا يعتاد قصله نزلت الاعارة على ادراكه وان كان مما يعتاد قصله فذاك ادراكه حملا للاطلاق عَلَى العادة الغالبة فينبغي ان يكون المعير رجع قبل اوان القصل فيما يعتاد قصله فليتأمل جيداً ثم انه ان كان مما يعتاد قصله وكانت الاعارة منزلة عليه وانه يجب قصله فلا يتجه الزامه بالارش وان نقص فتامل وهو مما يرد عَلَى الكتابين عَلَى مافهمناه (وكيف كان) فلا نرى وجهاً لفصله عما سبق الا بيان ان من الزرع مالا ارش فيه ان قلع قبل ادراكه وهو ما اذا بلغ القصل فانه تارة فيه ضرر وارش وتارة لاضرر فلا ارش فليتامل (قوله) ﴿ لو شرط القلع عند الرجوع مجانا وتسوية الحفر الزم وان شرط الاول لم يكلف المستعير التسوية ﴾ اذا غرس قبل رجوعه فان امكن قلعه من غير نقص يدخله قلع وان لم يمكن الا مع النقص والعيب فان كان شرط عليه القلع مجانا وتسوية الحفر الزم ذلك عملا بالشرط لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فان امتنع قلعه المعير مجانا وان كان قد شرط القلع مجانا دون التسوية لم يكن عَلَى المستعير التسوية لان شرط القلع رضا بالحفر كما في المبسوط والتحرير والتذكرة (قوله) ﴿ لو لم يشترط القلع فاراده المستعير فله ذلك وهل عليه التسوية اشكال ينشأ من انه كالمأذون في القلع باصل الاعارة ومن انه قلع باختياره فليرد الارض كما كانت ﴾ هذا الاخير خيرة التذكرة لما ذكره ولا ترجيح في المبسوط والتحرير وفي جامع المقاصد ان المسئلة محل تردد فنحن فيها من المتوقفين (ونحن نقول) ان الاذن في الغرس لا يقتضي الاذن في القلع ولا دليل يدل عَلَى ذلك اذ لعله مما لا يقلعه احد منهما ويبقى الى ان يفنى فالقلع جناية لا اذن فيها ويكفي الشك في تناول اللفظ له اذ الاصل في الجناية عَلَى مال الغير ان تكون مضمونة الا ان يعلم الاذن فيها ويشهد عَلَى عدم العلم بالاذن لعدم الدليل الواضح تردد هؤلاء الاجلاء مع اختيار التذكرة ان عليه التسوية وقال انه اظهر وجهي الشافعية ولا يعارضه اصل البراءة لان شرط التمسك به ان لا يكون في مقام الاضرار بمسلم لان الضرورة

(السادس) يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكل مالا يضر البناء والغرس وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج « متن »

قاضية بنفي الاضرار الثابت بالعقل والشرع (وليس لك ان تقول)ان الدال عَلَى اقتضاء الاذن التلازم الخارجي كما هو الشان في مقدمة الواجب (لانا نقول)ان شرط ذلك القطع العقلي والعرفي واليه يؤل نظر المستدل ولا قطع بل ولا ظن عرفي ولا عقلي و يرشد الى ذلك انه يصح اشتراطه واشتراط عدمه منهما ولو كان من باب التلازم في الخارج لما صح ذلك سلمنا لكنه انما اذن له فيه عَلَى وجه لا يدخل عليه فيه ضرر فكان كالاذن في رد العارية حيث يحتاج الى مؤنة فانها عَلَى المستعير لا عَلَى المعير قولا واحدا وكان كما لو اذن له في ادخال فصيله الى داره ثم كبر فاحتاج مالكه الى نقض باب الدار فان عليه رده واصلاحه فان فعله لتخليص ملكه وليس الاذن في ادخال الفصيل اذنا في نقض الباب فتامل في هذا الاخير وفي جامع المقاصد ان مثل مانحن فيه ما لو نقصت الارض بالقلع فان في وجوب الارش اشكالا ونحن نقول انه يجب عليه الارش نعم لو نقصت بالغرس فلا ارش و به صرح في التذكرة وستعرض لمثل ذلك في باب(كذا)ونستوفي الكلام فيه ان شاء الله تعالى وقضية قول المصنف انه لو لم يشترط القلع انه لو اشترط لم يجب عليه التسوية ووجهه ان القلع حينئذ ماذون فيه فلا يكون ما احدث بسببه مضمونا وهو خيرة جامع المقاصد والقول بالوجوب ليس بذلك البعيد كما عرفت (قوله) ﴿ يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكل مالا يضر البناء ﴾ قد صرح بانه يجوز للمعير دخول الارض والاستظلال بشجرها في المبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وزيد في المبسوط والتذكرة الانتفاع بالارض كما في الكتاب كما زيد في الثاني الاستظلال بالبناء والكل بمعنى ومن اقتصر عَلَى الاستظلال بالشجر فرض المسئلة في العارية للغرس(والضابط) كما في المسالك انه يجوز له الانتفاع منها بكل مالا يستلزم التصرف في الغرس والبناء وهو معنى قوله في الكتاب وكل مالا يضر بالبناء اذ معناه انه يجوز له كل مالا يضر بالبناء فتامل قال في التذكرة للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال لانهُ جالس عَلَى ملكه وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك ولا بضرب وتد (كذا) في الحائط ولا التسقيف عليه وفي المبسوط والتحرير ليس له الانتفاع بالشجر من شد دابة وغيرها هذا وقال في الشرائع للمستعير ان يدخل الارض و يستظل بشجرها وهذا لم يذكره احد كما في المسالك الا الشهيد في اللمعة فانه ذكر جواز استظلال كل منهما بالشجر ولعله اجود من الاقتصار عَلَى المستعير ثم انهم شرطوا في جواز دخوله ان يدخل لما يتعلق بمصلحة الشجر وعَلَى تقدير جوازه له لانكتة للشرائع في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها الا ان يكون اراد بيان الفرد الاخفى فتامل (قوله) ﴿ وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج ﴾ في المبسوط والتحرير انه ليس لهُ الدخول بغير حاجة وزاد في الثاني قطعا قال ليس له الدخول بغير حاجة قطعا وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان قوى الشيخ المنع وهو كذلك لكنه ذكره في مسئلة بيع الغرس عَلَى الاجنبي قال والاقوى انه لايجوز في المسئلتين ولم يذكر هنا الا الوجهين من دون تقوية لاحدهما قال وجهان احدهما ليس له الدخول لان الانتفاع بالارض لايجوز بعد رجوعه والثاني له ذلك لانا ان لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس اتلفنا عليه ذلك وذلك لايجوز انتهى وقد فرض المسئلة في الرجوع في العارية ونحوه ما في التحرير حيث فرض المسئلة فيما اذا رجع المعير ولم يدفع قيمة الغرس ولا ضمن الارش وامتنعا من البيع وظاهر جماعة خلاف ذلك كما تسمع الا ان يحمل عَلَى صورة عدم الرجوع وعدم البيع عَلَى الغير فتلتئم الكلمة وعَلَى تقدير المنع ينبغي ان لا يدخل الا باجرة فليتأمل قال في التذكرة ليس للمستعير دخول الارض للتفرج الا باذن المعير لانه تصرف غير ماذون فيه نعم يجوز

(السابع) لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن اجنبي (الثامن) لو اعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الارش وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها وله الرجوع بعدها والالزام بالقلع مجانا «متن»

له الدخول لسقي الشجر ومرمة الجدر حراسة لملكه عن التلف والضياع ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة وهو الغرس فلا يتعداها وقد سمعت ما في الشرائع واللمعة وحكي عن الشافعية في الوجه الثاني المنع لانه يشغل ملك الغير الى ان ينتهي الى ملكه وقال في التذكرة عَلَى ما اخترناه من الجواز لو تعطلت البقعة عَلَى صاحب الارض بدخوله لم يمكن الا بالاجرة جمعا بين حفظ المالين و يعلم من قولهم ان ليس للمستعير الدخول للتفرج انه لايجوز لاحد الدخول الى ارض غيره للتفرج بطريق اولى الا باذن المالك نعم لوكان صديقا توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهية وقد نبه عَلَى ذلك في المسالك (قوله) ﴿لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن اجنبي﴾ اما بيع المستعير للمعير فما لاخلاف فيه فيما اجد قال في المسالك الخلاف في بيعه لغير المعير (قلت) وكذا لاخلاف في بيع المعير للمستعير وللاجنبي وانما الخلاف في بيع المستعير للاجنبي ففي المبسوط ان الاقوى انه لايجوز لانه لايمكن تسليمه وقد تقدم انه قوى في المبسوط انه ليس له الدخول فلا يمكن التسليم وفي التحرير انهُ يبتني عَلَى جواز الدخول فان سوغنا جاز البيع والا فلا وقد نسب القول بالمنع في جامع المقاصد لبعض العامة وفي المسالك لبعض منا ولم يعينه وقد حكاه في التذكرة عن احد وجهي الشافعية وقال انهم استندوا الى انه في معرض الهدم ولان ملكه غير مستقر ورده بان الحيوان المشرف عَلَى التلف يجوز بيعه وكذا العبد المستحق للقتل قصاصا ولم يتعرض هو ولا غيره لذكر الشيخ ولا لدليله (والقول بالجواز) هو المشهور كما في الروضة وخيرة الشرائع والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانهُ مالك غير ممنوع من التصرف فيه فيبيعهُ عَلَى من شاء وفي المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انهما لو اتفقا عَلَى بيع ملكهما معا بثمن واحد صح ووزع الثمن عليهما وفي الخمسة الاخيرة انه يقسط الثمن عَلَى ارض مشغولة به عَلَى وجه الاعارة مستحق القلع بالارش اوالابقاء بالاجرة اوالتملك بالقيمة مع التراضي وعَلَى ما فيها مستحق للقلع عَلَى احد الوجوه فلكل حصة ما يملكه (وانت خبير) بان القلع لاتجري فيه الوجوه السابقة بل الارش خاصة والاخران اعني الاجرة والقيمة انما يجريان في الابقاء فالتعبير لايخ عن قصور (قوله) ﴿لو اعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الارش﴾ قد اشار اليه المصنف فيما سبق وقد استوفينا الكلام فيه هناك والتقييد بالارش مخصوص بما اذا رجع قبل انقضاء المدة لانه اذا رجع قبل الغرس لانقص (قوله) ﴿وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها﴾ في المبسوط وغيره انه التفاوت بين كونها مقلوعة وقائمة وهو شامل لما اذا وقت واطلق والمراد انها تقوم قائمة الى المدة ان وقت وتقوم قائمة عَلَى حالها مستحقة الابقاء ان اطلق لان بقاءها في الصورتين مستحق الى ان يبذل الارش وقبله لايجوز قلعها فيهما اي الصورتين والمصنف لما فرض المسئلة في التوقيت قال هو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها واما الارش في الزرع فهو تفاوت ما بين كون الزرع مقلوعا و بين ان يدرك ان فرض للمقلوع قيمة والا فجميع قيمته اذا ادرك وقد تقدمت الاشارة الى ارش البناء (قوله) ﴿وله الرجوع بعدها والالزام بالقلع مجانا﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وقد يقتضيه كلام المبسوط بل قد يظهر ذلك من الجميع لان الظاهر ان فائدة توقيت المدة حيث توقت انما هو لانتهاء مدة العارية والظاهر من التذكرة ان فائدة التوقيت ان للمستعير تجديد الغرس في كل يوم الى انقضاء المدة ولهذا فصل تفصيلا يخالف ماهنا قال اذا اعاره ارضا للبناء اوالغرس عارية موقتة او اطلق فان كانت الاعارة

ولا فرق بين الغرس والزرع عَلَى اشكال ينشأ من ان الغرس والبناء للتأبيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها (الثاني) الضمان · العارية امانة لايضمنها المستعير الا بالتفريط في الحفظ اوالتعدي او اشتراط الضمان « متن »

مقيدة بالمدة كان للمستعير البناء والغرس في المدة الا ان يرجع المعير وله ان يجدّد كل يوم غرسا فاذا انقضت المدة لم يجز له احداث البناء والغرس الاّ باذن مستأنفه ثم ان للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدة بالارش و بعدها مجانا ان شرط المعير القلع او نقض البناء بعد المدة او شرط عليه القلع متى طالبه بالقلع عملا بالشرط فان فائدته سقوط الغرم فلا يجب عَلَى صاحب الارض ضمان مانقص الغرس بالقلع ولا يجب عَلَى المستعير طمّ الحفر لانه اذن له في القلع بالشرط ثم قال ماحاصله وان لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك والاقوى ان عليه تسوية الحفر لانه احدث في ارض الغير حدثا باختياره وان لم يختر القلع واراده المعير فلا بدّ من الارش وقد تقدم الكلام في ذلك (قوله) ﴿ ولا فرق بين الزرع والغرس عَلَى اشكال ينشأ من ان الغرس والبناء للتابيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها ﴾ قال في الايضاح ومن ان العارية غير لازمة قال وقد تقدمت هذه المسئلة واشار الى خلاف الشيخ وابن ادريس مع الجماعة في جواز الرجوع قبل الادراك وعدمه والمحقق الثاني حمل العبارة عَلَى معنى اخر ادق واتقن يتاسبه (يناسب خ ل) سوق العبارة وان بعد عن نفس العبارة وقد نبه عليه في التذكرة قال لو قيد المعير للزرع مدة فانقضت ولما يدرك فان كان ذلك لتقصير المستعير كالتاخير في الزرع قلع مجاناً وان كان لهبوب الرياح وقصور الماء او غير ذلك مما لا يعد تقصيرا للمستعير كان بمنزلة ما لو اعاره مطلقاً يعني فيجب له الارش كما لو اعاره للغرس ولم يقيده بمدة فجزم به من دون اشكال وهو الذي صححه المحقق الثاني قال في جامع المقاصد في تفسير العبارة لو اعاره للزرع مدة معينة فانقضت ولما يدرك فهل يكون الحكم كما سبق وهو وجوب القلع مجاناً ام يفرق بينهما فيكون الحكم في الزرع كالحكم فيما لو اعار للغرس ولم يقيده بمدة فيجب الارش اذا اراد القلع في الفرق وعدمه اشكال ينشأ من ان البناء والغرس للتابيد فيمكن التأقيت فيه باي مدة اراد المعير لعدم تفاوت الازمنة بالنسبة اليه بخلاف الزرع فان له مدة تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها ومن ان الناس مسلطون عَلَى اموالهم والمسلمون عند شروطهم ولم تصدر الاباحة من المالك الا الى الامد المخصوص وقد دخل المستعير عَلَى القلع عند انقضائه فيجب الوفاء وهو الاصح وضعف الاول ظاهر لايخفى وقال موضع الاشكال ما اذا لم يكن عدم الادراك مستند الى تقصير المستعير فان اخر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجاناً قطعاً (قوله) ﴿ الثاني الضمان ﴾ هذا هو الثاني من احكام الفصل الثاني (قوله) ﴿ العارية امانة ﴾ بالاجماع كما في جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وظاهر التذكرة ومن الامانات الخاصة والاصل فيها عدم الضمان عند الفرقة المحقة كما في المهذب البارع ونحوه اجماع الغنية والنصوص بذلك مستفيضة (قوله) ﴿ لا يضمنها المستعير الا بالتفريط في الحفظ او التعدي ﴾ كما طفحت به عباراتهم وفي التنقيح الاجماع عليه واجماع الغنية منطبق عليه وان كان معقده التعدي بل كاد يكون ضروريا بل قيل كان يستغني عن استثنائهما لان معنى عدم ضمانه الامانة في كل موضع انها لو تلفت بدونهما لم يضمن ومقتضى كلامهم انه يضمن بهما وان تلفت بسبب اخر غيرهما كما تقدم في الوديعة ولم يذكر هنا انها تضمن اذا اعارها المرتهن لتقدمه في باب الرهن اوللشك في كونها عارية (قوله) ﴿ اواشتراط الضمان ﴾ اجماعا كما في الغنية وجامع المقاصد وكذلك التذكرة وليس فيه مخالفة للعقل والنقل ولا لمقتضى العقد كما في مجمع البرهان وقولهم مقتضى العارية التبرع وعدم الضمان يريدون به مع الاطلاق وعدم الشرط وفرق بينهما وبين الوديعة ان الوديعة لاتستعقب انتفاع الامين بها فلا يناسبها الضمان و يدل عليه بعد قوله صلى الله عليه واله

او كانت ذهباً او فضة وان لم يشترط الضمان الا ان يشترط سقوطه وفي دخول المصوغ نظر « متن »

وسلم المسلمون عند شروطهم الاخبار المستفيضة كصحيحة ابي بصير عن الصادق عليه السلام فقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم بل عارية مضمونة وصحيحة ابن مسكان قال قال ابو عبد الله عليه السلام لا يضمن العارية الا ان يكون اشترط فيها ضماناً الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضماناً وحسنة الحلبي الصريحة بذلك ايضا وحسنة زرارة قال قلت لابي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة قال فقال جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان تشترط انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرته واشترط عليك لزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك وهذا الخبر رواه المشايخ الثلثة ومثلها صحيحة اسحق بن عمار وصحيحة عبد الملك ابن عمر على الصحيح فيه وفي جميل بن صالح عن ابي عبد الله «ع» قال ليس على صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها ام لم يشترط (قوله) ﴿ او كانت ذهبا او فضة وان لم يشترط ﴾ اذا كان الذهب والفضة دنانير او دراهم فلا خلاف في ضمانهما وانما الخلاف في غيرهما من الذهب والفضة كالحلي كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه الاجماع في الغنية والايضاح والمفاتيح والرياض وقد سمعت الاخبار وستسمع تمام الكلام وفي عبارة جامع المقاصد حزازة حيث حصر الخلاف في المصوغ (قوله) ﴿ الا ان يشترط سقوطه ﴾ اي الضمان فانه يسقط قطعا كما في جامع المقاصد و به صرح في المبسوط وغيره وقد سمعت حسنة زرارة ولكن قال في التذكرة الاولى السقوط فتامل فيه ولعله لان فيه اسقاط ضمان ما لم يلزم وقد بيناه في الوديعة و يصح اسقاط ضمان ما اشترط ضمانه كما في التذكرة وهو واضح ولو شرط سقوط الضمان مع التعدي والتفريط فاحتمالان الجواز لانه في قوة الاذن في الاتلاف كما لو امره بالقاء متاعه في البحر والعدم لانهما من الاسباب فلا يعقل اسقاطه قبل وقوعه وقوى الاول في الروضة وهو ظاهر اللمعة وذلك بخلاف الاستعارة من المستعير واستعارة الصيد الماخوذ من الحرم واستعارة المحرم له فان الضمان في هذه الثلثة لا يسقط باشتراط سقوطه (قوله) ﴿ وفي دخول المصوغ نظر ﴾ يريد ان في دخول المصوغ منهما في الحكم بالضمان نظر ومثله ما في التذكرة والتنقيح والمفاتيح من عدم الترجيح وظاهر المقنع والنهاية والمبسوط وفقه الراوندي والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والمختلف وقواعد الشهيد الحكم بالضمان حيث قيل فيها الا ان يكون ذهبا او فضة بل قد يدعى انه صريحها كما هو صريح اللمعة والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان بل هو الظاهر من المقنعة والمراسم والكافي والغنية والسرائر حيث قيل فيها الا ان يكون ورقا او عينا بل ظاهر الوسيلة والتبصرة حيث قيل فيها الثمن اذ قد فسر الثمن بالورق والعين وقد فسر الورق في القاموس والنهاية وكتب التفسير بالفضة وفي مجمع البحرين بها و بالدراهم المضروبة وفسر العين في القاموس بالدينار والذهب لكن في الصحاح انه ماضرب من الدينار وفسر الورق بالدراهم المضروبة وقد قالوا في الصرف انه بيع الاثمان بالاثمان وقالوا ان المراد بالاثمان الذهب والفضة سواء كانا مسكوكين ام لا (وكيف كان) فالظاهر ان مراد هؤلاء هنا ما هو اعم من الدراهم والدنانير ظهورا لا يكاد ينكر بل هو ظاهر الفقيه حيث لم يذكر الا اخبار الذهب والفضة والشيخ في التهذيب والاستبصار لم يتعرض للجمع بين الاخبار لانه لم يفهم التنافي فكانت كلمة المتقدمين متفقة على ذلك بل ومعظم المتاخرين اذ لم يعرف الخلاف من احد قبل الفخر في الايضاح بلفظ الاقوى وقد بنى خلافه على اصل فاسد مخالف للقوانين كما ستسمع و بعد ثلاث مائة سنة او اكثر تبعه صاحب ايضاح النافع و بعد ذلك تبعهما صاحب الكفاية وشيخنا صاحب الرياض وقد بنيا ذلك ايضا على اصل فاسد ستسمعه ان شاء الله تعالى هذا كله مضافا الى اجماع الغنية وعمل من لا يعمل الا

بالقطعيات واما مافي المختلف والتنقيح من انه المشهور بين الاصحاب فان هذه الشهرة لم تسق لخلاف في المسئلة بل لخلاف ابي علي والتقي في ضمان الحيوان ونقص التالف وما وجدنا احدا حكى خلافاً في المسئلة الا الشهيد حكاه عن الفخر خاصة وحكاه بعده المحقق الثاني والشهيد الثاني من دون تعيين المخالف لكن كلامهما يرشد الى انهما اراد الفخر لانهما ذكرا مايرد استدلاله بل الفخر لم يحك فيه خلافا وصاحب التنقيح ذكر عدم الضمان احتمالا على ان هاتين الشهرتين ترشدان الى ان ضمان الذهب والفضة من المسلمات كما يظهر ذلك على من لحظها ولا بد قبل النظر في الاخبار من بيان امرين (الاول) ان العام انما يبنى على الخاص اذا تنافى ظاهرهما اما بالاثبات والنفي كاكرم الرجال لاتكرم الجهال او بوصف يظهر منه التنافي كاقطع كل سارق اقطع كل سارق من الحرز بع دينار واماحيث لاتنافي كاكرم العلماء اكرم زيدا العالم وكقولنا عارية الذهب والفضة مضمونه عارية الدراهم والدنانير مضمونة فهو من التنصيص والتاكيد (الثاني) ان وجوب حمل المطلق على المقيد انما هو حيث يعلم ان المتكلم اراد من المطلق فردا واحدا معينا عنده غير معين عند المخاطب وهو معنى قولهم المقيد بيان للمطلق والخاص بيان للعام وبه يتم تقسيمهم المجمل الى ماله ظاهر وماليس لظاهر فرادهم بماله ظاهر هو الظاهر في النظر الاول ومرادهم بكون الخاص مبينا للعام والمطلق مبينا للمقيد ان العام والمطلق مجملان في النظر الثاني بعد ظهور الحال (والحاصل) ان المطلق او العام ينكشف بعد ورود المقيد او الخاص انه كان مجملا مراداً به فرد واحد معين عنده مبهم عند المخاطب فلا تنافي بين وصف العام او المطلق بالظاهر والمجمل وذلك انما يتم حيث يكون بينهما اختلاف وتناف بتوصيف ونحوه مما يفيد بيان ما اجمل كما هو الشان في العام والخاص كقولك اتجر بالفضة اتجر بالفضة الخالصة ولا كذلك اتجر بالفضة اتجر بالدراهم لان الامر بالكلي امر ببعض افراده والامر ببعض الافراد لايتافي الامر بالكلي فلا اختلاف بل ولا اجمال والحاكم بذلك العرف واستوضح ذلك حيث يقوم احتمال عدم الاجمال كما في المستحبات كما اذا امذيت فتوضأ اذا امذيت من شهوة فتوضأ فانه لاتقييد هنا لان مراتب الاستحباب تتفاوت فيحمل المقيد على تاكد الاستحباب عند الاستاذ الشريف قدس سره وجماعة ومن ذلك يعرف عدم التفاتهم الى التقييد في غير التكليفات كالقصص والحكايات (اذا تقرر هذا) فقد عرفت انفا ان صحيحة ابن مسكان قد تضمنت استثناء الدنانير من عدم الضمان وصحيحة عبد الملك تضمنت استثناء الدراهم وحسنة زرارة تضمنت استثناء الذهب والفضة ومثلها صحيحة اسحق بن عمار على الصحيح فيه اذا كان راويا عن الصادق عليه السلام وفي علي ابن السندي وهناك اخبار اخر عامة ناطقة بعدم الضمان من غير تقييد كصحيحة الحلبي وغيرها وقد قال في الايضاح ان روايتي عبد الملك وابن مسكان قد حكم فيهما بعدم ضمان العارية وهو عام لان النكرة في النفي عام الا في الدراهم والدنانير واشتراط الضمان فيدخل المصوغ في عموم عدم الضمان لانه ليس بدراهم ولا دنانير وقال ان هذا مخصص للاستثناء الاول يعني الذهب والفضة قال لان الاول اعم من هذا الى ان قال فكانت هاتان الروايتان اخص من الاولى والعام يبنى على الخاص وقد عرفت الشرط في بناء العام على الخاص ونعم ما قال في جامع المقاصد في رد هذا لا محصل له ولا ينطبق على القوانين لان استثناء الذهب والفضة تارة واستثناء الدراهم والدنانير تارة اخرى لايقتضي اكثر من ان احد المخصصين اعم من الاخر مطلقا فيخص العام بكل منهما لا ان احدهما يخصص الاخر قال وما توهمه بعضهم من ان احدهما مطلق والاخر مقيد فيحمل المطلق على المقيد ليس بشيء ايضا لانه اذا اخرج من العموم الدراهم والدنانير في لفظ واخرج الذهب والفضة في لفظ اخر لم يكن بينهما منافاة لان اخراج الكلي اخراج لبعض افراده كما ان اخراج البعض لاينافي اخراج الكلي انتهى وهو عين ما قدمناه وتبعه على ذلك صاحب المسالك واطال في تحريره وتهذيبه وقال صاحب الكفاية وتبعه شيخنا صاحب الرياض انه وقع التعارض بين الاخبار ولا بد من حمل العام على الخاص او المطلق على المقيد اذا كان بينهما تناف كما اذا كان احدهما مثبتا والاخر منفيا والمستثنى في خبر

او استعار من المستعير او صيدا في الحرم او كان محرما فيضمن مايجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا والا فالقيمة يوم التلف و يحتمل اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف «متن»

زرارة لاينافي المستثنى في خبر عبد الملك وابن سنان لتوافقهما في كونهما اثباتا وكذا المستثنى منه من الجانبين لتوافقهما عَلَى كونهما منفيين بل وقع التعارض بين المستثنى منه في خبري الدراهم والدنانير وحاصله لاضمان في غير الدراهم والدنانير و بين المستثنى في خبري الذهب والفضة والنسبة بين الموضعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالاخر فان خصص الاول بالثاني كان الحاصل لا ضمان في غير الدراهم والدنانير الا ان يكون ذهبا او فضة وان خصص الثاني بالاول كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمونان الا ان يكون غير الدراهم والدنانير فالامر المشترك بين الحكمين ثابت وهوحصول الضمان في الدر هم والدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم عن عموم الاخبار الدالة عَلَى عدم الضمان وتبقى الاخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض فاذا المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير ونحن نقول(اولا)ان ليس بينهما عموم وخصوص من وجه عند التأمل الصادق بل المستثنى في خبري الذهب والفضة تخصيص اخر غاية الامر انهُ خصص العام بمخصصين احدهما اعم من الاخر كما مر ولم لم يقدر العام فيهما(وثانيا)كَى تقدير التسليم ان القاعدة في الموضعين الذين بينهما عموم وخصوص من وجه ان ينظر الى الترجيح فما كان ارجح بقي عَلَى عمومه وخصص الاخر به وخبرا الذهب والفضة ارجح من وجوه(منها)ان من رواتهما زرارة وهواصدع بالحق(ومنها)انهما اصح سندامن بعض تلك(ومنها)شهرة العمل بهما بل اطباق الاصحاب عَلَى ذلك الا من شذ كما عرفت(ومنها)ان تخصيص الثاني بالاول يرجع الى قولنا الذهب مضمون الا ان يكون غير دينار وهو بعيد عن كلام الحكيم تصريحاً ولزوماً وان هو الا كالاكل باليد من وراء الرداء(ومنها)انه يلزم منه حمل اخبار الباب عَلَى كثرتها عَلى فرد نادر لا تمس الحاجة اليه الا نادرا وهو الضرب عَلَى طبعها مثلا(ومنها)ان الذهب والفضة لو لم يضمنا لتوصل كثير من الناس الى اكل اموال الناس بالعارية او الى ترك الناس المستحب المندوب اليه بأن زكوته اعارته فكان تخصيصهم مخالفاً للاعتبار وحكمة الشارع(ومنها)ان احد الخبرين الاخرين لم يخص الا الدنانير وابقي الباقي فيه عَلَى حكم عدم الضمان صريحاً والاخر لم يستثن الا الدراهم وابقي الباقي فيه عَلَى حكم عدم الضمان كذلك فدلالتهما قاصرة والعمل بظاهر كل منهما لم يقل به احد بخلاف خبري الذهب والفضة سلمنا ان التخصيص بهما معا لكن كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر لأنهما وقعا في وقتين فظهر ان ارادة الحصر من كل منهما غير مقصودة فلم يكونا ليخرجا عن القصور في الدلالة عَلَى المطلوب ومثل ذلك يقال في مقام الترجيح ثم انه من الممكن الذي لايتكره العرف ان يراد بالدنانير والدراهم في الخبرين الذهب والفضة فلا منافاة اصلا ولعل اليه نظر القدماء (قوله) ﴿ او استعار من المستعير ﴾ اي يضمن سواء تعدى فيها وفرط ام لا وسواء شرط المعير الضمان ام لا وسواء كانت يد المعير يد امانة او يد ضمان لانه استولى بغير اذن المالك لانها عارية من غير المالك فكانت غصبا في الحقيقة لاعارية ولما كانت بصورة العارية اجروا عليها اللفظ فلا استثناء عند التحقيق وفي صحيح اسحق ابن عمار المتقدم آنفا اذا استعرت عارية بغير اذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن ومنه يعلم انه لو اذن له المالك في اخذها من المستعير ولم يعلم فاعاره اياها فانه لايضمن (قوله) ﴿ او صيدا من الحرم ﴾ يريد انه اذا استعار صيدا اخذ من الحرم ضمنه لانه ممنوع منه وان كان محلا فكان متعديا باستيلائه عليه (قوله) ﴿ او كان محرماً ﴾ اي اذا كان المستعير محرماً والعارية صيد فانه يضمن لان امساكه حرام فيكون متعديا وضامناً وقد تقدم الكلام فيه مفصلا رافعاً للاشكال (قوله) ﴿ فيضمن مايجب ضمانه بالمثل ان كان مثلياً والا فالقيمة يوم التلف و يحتمل اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف ﴾ تقدم الكلام

و يجب رد العين مع الطلب والمكنة فان اهمل معهما ضمن ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف الى مأذون فيه ومن انصراف الاذن غالبا الى استعمال غير متلف فان اوجبناه ضمن بالقيمة اخر حالات التقويم وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت «متن»

في مثل ذلك مراراً وقد استوفيناه في بيع الفضولي ورجحنا ضمان قيمته يوم التلف بمعنى حين التلف (قوله) ﴿ ويجب رد العين مع الطلب والمكنة فلن اهمل ضمن ﴾ كما صرح به في التذكرة ونبه عليه في المبسوط وغيره و ينبغي ان يكون فورا في اول اوقات الامكان كما مر في الوديعة عملا بالقاعدة المقررة من انه يجب ان يقتصر في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه اذنه والمطالبة بالرد تقتضي انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على مايتحقق به وهل يجوز له التأخير الى الاشهاد احتمالات تقدمت في الوديعة و مؤنةالرد هنا على المستعير كما في التذكرة وغيرها كما ياتي لانها نوع من المعروف فلو كلف المالك مؤنه الرد امتنع الناس من الاعارة (قوله) ﴿ ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف الى مأذون فيه ومن انصراف الاذن غالبا الى استعمال غير متلف ﴾ عدم الضمان خيرة التحرير والارشاد والكتاب كما ياتي قريبا والحواشي والروضة ومجمع البرهان لانه سلطه على مايقتضي ذلك بلا عوض فلا معنى للالزام بالعوض لان مقتضى اطلاق هذا العقد عدم الضمان والمفروض انه اطلق فلو لبس الثوب حتى بلي وانمحق واذهب الشمعة بالاشعال ان جوزنا اعارتها فلا ضمان. وقد استدل عليه في مجمع البرهان بالروايات الصحيحة مثل صحيحة ابن سنان والظاهر انه عبد الله لتصريحه به في الكافي ولرواية النظر عنه وروايته عن ابي عبدالله عليه السلام عن العارية قال لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأمونا وفي جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر ان الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لايستعقب ضمانا واختاره في التحرير وفيه قوة نعم لوشك في تناول اللفظ اياه فالضمان قوي ولا استبعد ان يكون من صور الثاني مالو اذن له في لبس الثوب ولم يزد بخلاف مالو اذن في كل لبس اوفي لبسه دائما لان اذنه في لبسه في الجملة لايقتضي الاذن في كل لبس انتهى وقد سمعت مافي التحرير وقد يفهم من عبارة اللمعة انها لو تلفت به اي الاستعمال ضمنها ولعله لان الغالب في الاستعمال مالا يكون متلفا فيحمل الاطلاق عليه وهو احد وجهي الاشكال في الكتاب والوجه الثاني ان ظاهر الاذن في الاستعمال يدل على تجويز كل استعمال وعليهما يتنزل مافي الكتاب لانهما اي وجهي الاشكال فيه بظاهرهما لايتعلقان بمسئلة واحدة لان الاستعمال المتلف اما ان يكون بحيث يتناوله الاذن فيكون مأذونا فيه اولا فعلى الاول لايجيئ الوجه الثاني وعلى الثاني لايجيئ الاول كما بينه في جامع المقاصد و يبقى الكلام في استشكاله هنا وجزمه بعدم الضمان فيما ياتي من دون تقادم عهد وقد يحمل كلامه هنا على انه من ثمة ماقبله ليوافق ماياتي كما ستسمع فتكون مسئلة اخرى (قوله) ﴿ فان اوجبناه ضمن بالقيمة اخر حالات التقويم ﴾ اي فان اوجبنا الضمان في هذه الصورة حملا للاذن في الاستعمال على استعمال غير متلف ضمنه بقيمة اخر حالات تقويمه قبيل التلف لان الضمان حينئذ منتف الى حين التلف (قوله) ﴿ وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت ﴾ اذا شرط الضمان فاما ان يشترط ضمان عين المستعار على تقدير التلف فلا يضمن الا العين خاصة او يشترط ضمان نقصانه على تقديره فيضمن النقصان خاصة الى ان تنتهي حالات تقويمه او يشترط ضمانهما فيضمنهما معا ولا ريب في اتباع مقتضى شرطه في هذه الثلاثة كما في المسالك وكذا الكفاية وعليه نبه في المبسوط او يطلق اشتراط الضمان وهو المفروض في كلامهم والكتاب وقد اختير في

اواستعملها ثم فرط فانه يضمن القيمة يوم التلف لان النقص غير مضمون عَلَى اشكال «متن»

المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف والحواشي انه يضمن قيمتها يوم التلف لان النقص حصل بفعل ماذون فيه فلا يكون مضمونا ولانها لو لم تتلف وردها عَلَى تلك الحال لم يجب عليه شيء فاذا تلفت وجب مساويها في تلك الحال فيضمن قيمتها اخر حالات التقويم وهذا منهم بناء عَلَى ان الاطلاق منزل عَلَى ضمان العين خاصة وهو المتبادر من اطلاق النص والفتوى وعرف المعير والمستعير ولايخطر ضمان الاجزاء بالبال لانه قد لاتكاد تنفك عارية غالباً عن نقصها بالاستعمال ولو يسيرا الا ماقل كما نبه عليه في المبسوط ولا نسلم ان تضمين العين يقتضيه فيكون ماذونا فيه بالاذن بالاستعمال فتأمل والمصنف استشكل من استناد النقص الى فعل ماذون فيه فلا يكون مضمونا ومن انها عين مضمونة بالاشتراط ونحوه مافي الكفاية وفي جامع المقاصد انه قد تعارض فيه تضمين الاجزاء الذي هو مقتضى تضمين العين والاذن في الاستعمال الذي هو مقتض لكون انواع الاستعمال الماذون فيها لا يتعلق بها ضمان وهو محل التردد ثم قال ولا استبعد ضمانها اي الاجزاء لانه ليس من لوازم اصل الاستعمال النقص ولا منافاة بين كون الاستعمال ماذونا فيه والنقص مضمونا قال وهو قوي جدا وهذا يقضي بضمان النقص وان ردهـا الى المالك وان ذلك من محل الاشكال وموضع النزاع واليه مال في المسالك وهو الذي صححه في الايضاح بلفظ الاصح وحكاه هو وابوه عن ابي علي وابي الصلاح و به جزم المصنف فيما ياتي قريباً وفي خبر وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان علياً «ع» قال من استعار عبدا او كالقوم فعيب فهو ضامن ومن استعار حرا صغيرا فهو ضامن وقد حمله في الاستبصار عَلَى ما اذا استعار من غير مالكه تارة وعَلَى ما اذا فرط في حفظه او تعدى تارة وعَلَى ما اذا اشترط الضمان عليه اخرى وهذا قد يوافق ما في الايضاح وجامع المقاصد لكن الظاهر انهم يفرقون بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن عَلَى الثاني دون الاول نعم كلام التقي وابي علي قاض باطلاقه بعدم الفرق وعَلَى القول بالضمان فانه يضمن اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف لمكان ذهاب الاجزاء عَلَى التدريج كالثوب يلبس و ينسحق عَلَى التدريج ولا يضمن الا عَلَى لو كان اختلاف القيم بحسب اختلاف القيمة السوقية لان ذلك ليس من مدلول ضمان العين عَلَى انا لم نوجبه عَلَى الغاصب و يبقى الكلام في الجمع بين كلامي المصنف لعدم تقادم العهد وليعلم ان الصفات تجري مجرى الاجزاء وانه قد ينساق من العبارة بملاحظة السوق وجه اخر ولا ريب انه غير مراد (قوله) ﴿او استعملها ثم فرط فانه يضمن القيمة يوم التلف لان النقص غير مضمون عَلَى اشكال﴾ عدم ضمان النقص الذي حصل بالانتفاع الذي جوزه له قد حكي في الايضاح وكذا المختلف عن المبسوط ولعل فيما عندنا منه سقطا او استنبطاه من تعليله في المسئلة المتقدمة بانه ماذون في اذهابها وهو خيرة التحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان بل انما يضمن العين الناقصة سواء تلفت بذلك التفريط ام لا لان ضمان هذه الاجزاء مع القول بان النقص بالاستعمال غير مضمون اذا رد العين لاوجه له كما نبه عليه في جامع المقاصد (والمراد) بالنقص في العبارة ونحوها كما يرشد اليه السوق والمقام مع ظهور الحال نقص الاجزاء المتقدمة عَلَى التفريط كما نبهنا عليه لا المتاخرة عنه لان هذه مضمونة بلا خلاف ولا اشكال عَلَى الظاهر لان العين بعد التفريط قد خرجت عن الامانة وصارت مغصوبة مضمونة وعليه اجرتها بعد التفريط فما اعترض به في المسالك عَلَى الكتاب من عدم فرقه بين الاجزاء الذاهبة المتقدمة عَلَى التفريط والمتاخرة غير وارد بل احتمل في مجمع البرهان انها غير مضمونة لانه لم يعلم حينئذ عدم جواز الاستعمال الذي كان جوزه اقصاه انه لما فرط دخل في ضمانه وهو كما ترى (والقول) بالضمان اي ضمان نقص الاجزاء المتقدمة عَلَى التفريط خيرة الايضاح بلفظ الاصح وحكاه كوالده عن التقي وابي علي والمستند خبر وهب وقد ضعفه في الايضاح واستدل بان مقتضى الضمان مع عدم رد

وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيءٌ او تلفت بالاستعمال فلا ضمان الا ان يشترط ذلك في العارية والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك ولو استعار من الغاصب عالما بالغصب فللمالك الرجوع عَلَى من شاء بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت و يستقر الضمان عَلَى المستعير «متن»

العين باجزائها وصفاتها ان يضمن مافات وهو كما ترى (قوله) ﴿وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيءٌ او تلفت بالاستعمال فلا ضمان الا ان يشترط ذلك في العارية﴾ هذا هو ما اشرنا اليه آنفاً من انه يخالف ماسبق باعتبار المستثنى منه والمستثنى قال في جامع المقاصد لايخفى ان هذا مناف لما سبق في كلامه من الاشكال في كل من المسئلتين ولو حملت العبارة السابقة عَلَى استعمال غير مأذون فيه وهذه عَلَى ماذون فيه لم يتجه الاشكال بل يتعين الضمان قطعا ولو حملت هذه العبارة عَلَى ان الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع ليكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافي الا انه بعيد عن الظاهر جداً انتهى (وقديقال) ان العبارة الاولى من متعلقات قوله و يجب رد العين مع الطلب والمكنة فان اهمل معهما ضمن ولو تلفت بالاستعمال الى اخره بمعني انه لو اهمل ولم يردها وتلفت بالاستعمال لا بغيره ففيه اشكال لان الاستعمال حينئذ لم يعلم نهيه عنه بل يبقى عَلَى الاذن عملا بالاستصحاب واقصى ماهناك انه فعل حراما في عدم الرد ودخلت في ضمانه ولم يعلم عدم جواز الاستعمال كما قدمنا مثله آنفاً عن المقدس الاردبيلي و ياتي مثله فيما لو اعاره الدابة الى مكان معين فتجاوزه فانه ياثم و يضمن و يغرم الاجرة لكن له ركو به الى بلد المعير كما ياتي بيانه وليس هو اول وجهي جامع المقاصد (وكيف كان) فالظاهر انه لاخلاف في عدم الضمان اذا نقص من العين شيءٌ وردها الى مالكها حيث لم ينقل في المبسوط ولا غيره فيه خلاف ولا اشكال الا مامرَّ مما احتمله المحقق الثاني والشهيد الثاني من انه ليس من لوازم اصل الاستعمال النقص الخ (قولهُ) ﴿والمستعير من المستاجر والموصي له بالمنفعة كالمستعير من المالك﴾ لان كل واحد منهما مالك للمنفعة فله نقلها الى غيره قال في جامع المقاصد هذا اذا لم يشترط عليه استيفائها بنفسه والظاهر انه لايجوز له تسليم العين الا باذن المالك كما ياتي بيانهُ في الاجارة انتهى (وقد يقال) حيث تجوز الاعارة يجوز تسليمها من غير ضمان لان القبض من ضرور يات الاعارة للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيءَ اذن في لوازمه وتشهد له صحيحة علي ابن جعفر عن اخيه عليه السلام في رجل استاجر دابة فاعطاها غيره فنفقت فقال ان كان شرط ان لايركبها غيره فهو ضامن وان لم يسم فليس عليه شيءٌ وغيرها اي الدابة اولى وقد حملها في اجارة جامع المقاصد عَلَى ما اذا كان هناك اذن او عَلَى ما اذا لم تخرج من يده كما اذا اركبهُ اياها وهي في يده تمسكا بعموم تحريم مال المسلم الا عن طيب نفس الا ان يوجد المخصص (قوله) ﴿ولو استعار من الغاصب عالما بالغصب فللمالك الرجوع عَلَى من شاء بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت و يستقر الضمان عَلَى المستعير﴾ ونحو ذلك مافي الشرائع والتحرير والارشاد والمسالك والكفاية وغيرها والحاصل كأنهم متفقون عَلَى ان المستعير من الغاصب اذا كان عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الاحكام ومن حكم ترتب ايدي الغاصب العالم عَلَى المال ان المالك يتخير في الرجوع عَلَى ايهما شاء و يستقر الضمان عَلَى من تلفت العين في يده وقد وصفت هذه القاعدة في مجمع البرهان تارة بانها مشهورة واخرى بأنها مجمع عليها وظاهره ايضا الاجماع على ان المستعير العالم غاصب ولا ريب انه لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بقبضه واحتمل في مجمع البرهان لولا الاجماع انه لو رجع عَلَى المعير الغاصب لايرجع عَلَى المستعير الذي تلفت في يده للاصل ولانه هو الذي غصب وتصرف وصرف

ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع الا ان يكون ذهباً او فضة فان الاقرب الضمان على المستعير خاصة « متن »

غيره نعم ان تلفت في يد المستعير بتقصير اتجه رجوعه عليه وفي الحواشي ربما توهم بان الضمان عَلَى المستعير خاصة يريد اختصاصه بالمطالبة والاخذ منه قال لان الغاصب سلمها الى عالم بالغصب وقد استقر التلف في يده فسقط عنه الضمان ورده بانه لا يزيد عَلَى الغاصب من الغاصب مع ان المالك يتخير في الرجوع قطعا (قوله) ﴿ ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع الا ان تكون ذهبا او فضة فالاقرب الضمان عَلَى المستعير خاصة ﴾ ظاهر العبارة ان الضمان يختص بالغاصب في غير الذهب والفضة وفيهما يختص بالمستعير ومعنى ذلك انه لا يجوز له اي المالك ان يطالب غير الغاصب في الاولى وغير المستعير في الثانية وهو الذي استوجهه في الشرائع في الاولى قال والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب فمعنى الضمان جواز المطالبة والاخذ منه ووجهه ان المستعير مغرور فضعفت مباشرته فكان السبب الغار اقوى وهو الذي اختاره في مجمع البرهان قال الاخذ منه ظلم ظاهر لانه ماقصر اصلا ولا علم بادر بالاعلام الا ان يكون نص او اجماع والظاهر عدمهما (والمشهور) انه اي المالك يتخير في الرجوع عَلَى كل منهما كما في المسالك وهو خيرته وخيرة التحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد وقد حمل في الاخير عبارة الكتاب عَلَى ذلك وقال معنى قوله يضمن الغاصب الجميع انه يستقر الضمان عليه وتوهم مايقتضيه ظاهرها فاسد (قلت) لمكان القاعدة المقررة عندهم اي المشهور وبها صرح في الايضاح وغيره من ان كل يد ترتبت عَلَى يد الغاصب من غير اذن المالك يد ضمان سواء كان عالما بالغصب ام جاهلا وهي في العالم كما علمت آنفاً محل اجماع فعلى مافي الشرائع من انه لارجوع له عَلَى المستعير الامر واضح وعَلَى المشهور اذا رجع عليه رجع عَلَى الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة ومن المعلوم ان الكلام في عارية غير مضمونة كما هو الغالب المتبادر فلا يعجبني الاعتراض عَلَى الشرائع والارشاد والتحرير بترك استثنائها كما ان من المعلوم انه انما يرجع عَلَى الغاصب اذا لم يفرط فيها ولم يقصر في اعلامه بها ولم يشترط عليه ضمان العارية وحيث يرجع عليه يرجع بجميع ما اخذه منه من اجرة وارش نقص وقيمة بل يرجع بما حصل له في مقابله نفع مثل عوض اللبن الذي شربهُ واجرة الركوب لانه غرّه ولولا العارية لم يقدم عَلَى الشرب والركوب ولكن يرد مابقي من عين اللبن والصوف مثلا (ويبقى الكلام) فيما اذا لم يغره وانما توهم انه ماله فاعاره وقصد صلته وبرّه فان الضمان يستقر عَلَى المستعير لمكان التلف في يده وتعارض القاعدتين غير جار في المقام لانها ليست بعارية حقيقة حتى لا يضمن بفاسدها فتعمل قاعدة ضمان مال الغير اذا كان الاستيلاء بغير اذن عملها وعَلَى تقدير تسليم التعارض فالثانية اقوى ثم انه يتعارض اصل البرائة والاصل في الجناية عَلَى مال الغير ان يكون مضمونا اذا كان بغير اذن وهذا اقوى لانه معنى القاعدة هذا وفي التذكرة في تذنيب ذكره انه لو استعار من غير المالك عالما اوجاهلا ضمن واستقر الضمان عليه لان التلف حصل في يده ولا يرجع عَلَى المعير ولو رجع المالك عَلَى المعير كان للمعير الرجوع عَلَى المستعير (انتهى) وهو يخالف كلام جميع من تعرض لهذا الفرع وهو احد القولين في مثل المسئلة وقد تقدم بيان ذلك في مكاسب التجارة تارة وفي فروع شروط البيع اخرى وهو ما اذا تلفت العين المغصوبة في يد المشتري الجاهل فاخذ المالك منه قيمتها فقد ذهب جماعة الى انه لايرجع بها عَلَى الغاصب منهم الشيخ في المبسوط في موضع منه والمحقق في غصب الشرائع والمصنف في مواضع من كتبه والمحقق الثاني في مواضع من كتابه لان التلف صار في يده واليد عادية فيجب رد كل ملك الى مالكه فاذا حصل تلف او نقص وجب البدل او الارش كائنا ما كان (قولك) انه قدم عَلَى ضمان العين بالثمن خاصة فكيف يضمن القيمة (قلنا) الوجه الذي قدم عليه تبين بطلانه واليد عادية وقد عرفت انهم هنا مطبقون

ولو جحد العارية بطل استئمانه ويضمن «متن»

عَلَى انه يرجع عليه الا المصنف في التذكرة وقد ذهب الشيخ في النهاية والمصنف في مكاسب التذكرة والتحرير ونهاية الاحكام الى ان المشتري من السارق يرجع وفي هبة التذكرة ان المتهب لايستقر عليه الضمان ونحوه مافي غصبها وغصب الكتاب ورهنه وكذلك المحقق الثاني قال بالرجوع في الغصب والمضاربة والوكالة والرهن ومرادهم الرجوع بالقيمة بمعنى مازاد منها عن (عَلَى خ ل) الثمن واما الثمن فانهُ يرجع به قولا واحدا وقضية اطلاقهم انه لافرق بين ان يكون البائع او غيره عالما وقد غره او جاهلا قد قصد بره وهذه نبذة مما ذكرناه في مكاسب التجارة فانا اسبغنا الكلام في ذلك المقام واستوفيناه في النقض والابرام وفي ثمرة الخلاف وكلماتهم التي تشتبه عَلَى بعض الاجلاء (والغرض) الآن انهم لم يفرقوا عَلَى اختلافهم بين يد الامانة كما في الوديعة والعارية و بين غيرها كما في البيع والهبة والصلح ونحو ذلك لكن بعضهم كالمصنف في باب الغصب فرق بين ذلك و بين ما كانت يده يد ضمان كالمقبوض بالسوم والمقبوض بالبيع الفاسد دون المقبوض بالصحيح لولا الغصب فحكم بعدم الرجوع في هذين لانه مضمون عليه فكان كالعارية اذا كانت ذهبا او فضة فقد قرب المصنف فيما هنا ان قرار الضمان عَلَى المستعير خاصة وقد صرح بذلك ولده والمحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي وكذا صاحب الكفاية و به جزم المصنف في باب الغصب وهو قضية كلام الباقين لكونها عارية مضمونة وقد اقدم عَلَى ذلك فاذا تبين فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح للقاعدة المقررة و بذلك يضعف احتمال رجوعهِ استناداً الى ان استحقاق العين استوجب فساد العارية فلا تكون مضمونة وهو مغرور مع الغصب فيرجع عَلَى من غرّه لانك قد عرفت انهم لم يضمنوه من جهة الغصب بل من جهة فساد العارية كذا قالوه وهو كما ترى و يعلم وجهه مما تقدم (فالاولى) ان يقال انه ماغرّه لان الذهب والفضة مضمونان عَلَى كل حال الا ان يشترط عدم الضمان فهو من اول الامر قد اقدم عليه هذا مايتعلق بالقيمة و يبقى الكلام في الاجرة وارش النقص (والضابط) في الباب كما في الايضاح ان كل ماضمنت اليد عَلَى تقدير ان الغاصب مالك يستقر ضمانهُ عليها والا فعلى الغاصب وهذا يقضي بعدم ضمان الاجرة وارش النقص بالاستعمال وقد ذكر هنا كلاما قال انه املاه عليه والده قال اما القيمة فلانه دخل عَلَى ان يضمنها فان كانت لم تتغير بزيادة ونقصان من حين الغصب الى حين التلف فلا بحث وان كانت في يد الغاصب ازيد ثم من حين قبضها المستعير الى حين التلف لم تزد ضمن الغاصب الزيادة لتلفها في يده مع كونها مضمونة عليه وانما يزول ضمان زيادة السوقية برد العين ولم ترد دون المستعير وان نقصت في يد المستعير للصفة فهل يستقر ضمانها عَلَى المستعير فان قلنا يستقر ضمان الاجزاء اي اجزاء الذهب والفضة عليه مع بقاء العين فهنا اولى وان لم نقل باستقرار ضمانها عَلَى المستعير فمع التلف ان قلنا بضمانه اعلى القيم من المالك استقر عليه هنا جميع القيمة والا استقر عليه قيمته يوم التلف وعَلَى الغاصب الفاضل وان زادت للسوق ابتني عَلَى ضمانه من المالك اعلى القيم وعدمه واما الاجرة فلانه يرجع بها عَلَى غيره ويحتمل عدمه لانه غره لانه دخل في العارية على ان لاضمان عليه في المنافع واما ارش النقص بالاستعمال الماذون فيه فان قلنا بضمانهِ من المالك ضمن واستقر عليه قطعا لانه أولى وان قلنا بعدمه او كان بغير الاستعمال جاء احتمالا الاجرة والتقرير كما مرّ قال فهذا فرض المسئلة املاه عليّ المصنف دام ظله انتهى وفي اوله تامل والفائدة في الترجيح لا التردبد وفي جريان اشتراط الضمان مجرى العارية المضمونة بالذات كالذهب والفضة فيما نحن فيه تامل واشكال (قوله) ﴿ ولو جحد العارية بطل استئمانه وضمن ﴾ كما في المبسوط (١) والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي المبسوط نفي عنه الخلاف (قلت) الحال في جحود العارية كالحال

(١) لانه اثبت الوديعة مكان العارية والنسخة فيها غلط (منه)

ولو تجاوز المأذون ضمن ولو امر رسوله بالاستعارة الى قرية فكذب الرسول واخبر المعير بطلب المستعير الى اخرى فخرج بها المستعير الى ماذكره الرسول فتلفت لم يضمن لأن صاحبها اعارها اليه ولو خرج بها الى ماقال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيءٔ عَلَى الرسول وانما يبرأُ الضامن اذا ردعَلَى المالك او وكيله لا الى الحرز « متن »

في جحود الوديعة كما نبهنا عليه هناك و يشترط في تحقق ضمانه ما اشترطهناك من عدم العذر وعدم المصلحة وان يكون بعد سؤال المالك ومطالبته الى غير ذلك من بقية الفروع التي يمكن اجراؤها هنا (قوله) ﴿ ولو تجاوز الماذون ضمن ﴾ هذا يشمل ما اذا استعار دابة ليركبها الي موضع معين فتجاوزه وما اذا حملها اكثر من المقدار الماذون فيه او سيرها اكثر من المعتاد او اشد ونحو ذلك (وكيف كان) ففي الغنية والسرائر وكذا المبسوط انه اذا استعار من غيره دابة ليحمل عليها وزنا معينا فحمل اكثر او ليركبها الى موضع معين فتعداه كان متعديا ولزمه الضمان ولوردها الى المكان المعين بلا خلاف وظاهرهما نفيه بين المسلمين فاذا استعار من بغداد الى الحلة فتجاوزها الى الكوفة فعليه اجرة ما بين الحلة والكوفة ذهابا وعودا وهل تلزمه الاجرة من الحلة الى بغداد في التذكرة ان الاقرب العدم لانه ماذون فيه من جهة المالك(وقد يقال) ان هذا الاذن انقطع بالمجاوزة فليس له الركوب من الحلة الى بغداد بل يجب عليه دفعها الى حاكم الحلة (قوله) ﴿ ولو امر رسوله بالاستعارة الى قرية فكذب الوسول واخبر المعير بطلب المستعير الى اخرى فخرج بها المستعير الى ماذكره الرسول فتلفت لم يضمن لان صاحبها اعارها اليه ولو خرج بها الى ماقاله المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيءٔ على الرسول ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة وقال سواء عرف المستعير بالحال اولا واورد في جامع المقاصد على الحكم الاول ان خروجه الى القرية الاخرى مع عدم علمه باذن المعير اليها يكون تصرفا ممنوعا منه شرعا فحقه ان يضمن عَلَى مقتضى ماذكروه في عارية الصيد للحرم وثبوت الاثم عليه لاقدامه بزعمه عَلَى فعل المحرَّم لاريب فيه (قلت) قد تقدم انهُ اذا استعار المحرم الصيد من المحل وامسكه وتلف في يده ضمن قيمته له والجزاء لله سبحانه وقضية القاعدة ان لايضمن مايتلف بالعارية الفاسدة لكن لما كان امر الصيد غليظا وجب ضمانه للمالك تغليظا لا لانه اقدم عَلَى امر ممنوع منه شرعا مطلقا بل عَلَى امر عظيم غليظ عَلَى ان مانحن فيه لامنع فيه واقعا فكان الفرق بينهما من وجهين ونفي الريب عن ثبوت الاثم عليه محل ريب بلا ريب كما في كثير من نظائره كما نبه عليه الشهيد في قواعده وقال في جامع المقاصد واما الحكم الثاني فانهُ يستقيم اذا اخبر الرسول المرسل بالحال او سكت اما اذا غره بالعارية الى ماطلب المستعير فان قرار الضمان عَلَى الرسول عَلَى اظهر الوجهين لكونه غارا فاطلاق العبارة لايخلو عن شيءٔ (قلت) لا ريب ان المباشرة تضعف بالغرور فان كان ذلك منه كان قرار الضمان عَلَى الرسول (قوله) ﴿ وانما يبرءُ الضامن اذا ردَّ عَلَى المالك او وكيله لا الى الحرز ﴾ الذي اخذها منهُ ولا الى غيره من ملك صاحبها وبما في الكتاب صرح في المبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها بل في التذكرة انه اذا رد الدابة الى اصطبل المالك وارسلها فيه وردالة الدار اليها لم يزل عنه الضمان بل عندنا ان لم تكن العارية مضمونة فانها تصير بهذا الرد مضمونة لانه لم يدفعها الى مالكها بل فرط في وضعها في موضع لم ياذن المالك بالرد اليه وظاهره الاجماع وفي المسالك ان هذا الاخلاف فيه عندنا وانما نبه عَلَى خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى ان ردَّها الي ملك المالك كردّها اليه لان ردّ العواري في العادة يكون الى املاك اصحابها وفساده واضح واطراد العادة بذلك ممنوع وقد تقدم في باب الوديعة مايبرءُ به المستودع من الضمان حيث يضمن من تجديد الاستئمان والابراء من الضمان وغير ذلك والكل جار في

ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرأ بالرد اليها (الثالث) التسلط عَلَى الانتفاع و يتقدر بقدر التسليط و ينتفع بما جرت العادة به «متن»

العارية وعَلَى الثاني نص في المبسوط في المقام (قوله) ﴿ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرأ بالرد اليها﴾ قد تقدم الكلام في ذلك (قوله) ﴿الثالث التسلط عَلَى الانتفاع﴾ هذا هو الثالث من الاحكام (قوله) ﴿و يتقدر بقدر التسليط﴾ هذا معنى مافي الشرائع وغيرها من انه يقتصر عَلَى الماذون فيه وهذا فيما اذا تعددت جهات الانتفاع كالارض التي تصلح للزرع والغرس والبناء والدابة التي تصلح للحمل والركوب ووجهه ظاهر اذ لايجوز التصرف في مال الغير الا بمقتضى الاذن فان عمم له وجوه الانتفاع كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المباحة المتعلقة بتلك العين وقد نفي عنه الخلاف في التذكرة وفي مجمع البرهان كان له الانتفاع به اي انتفاع يجوز للمالك والانتفاع المتعارف المطلوب منهُ عرفا وعادة وفي جامع المقاصد كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدة تلك العين لها فالحظ الفرق وان خصص لم يجز له التخطي قطعا كما في جامع المقاصد وان اطلق صح كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال انه يصح عندنا وقد اجراه في التذكرة مجرى التعميم في اول كلامه وقال انه الاقوى وهو خيرة الكتب الاربعة المتاخرة لان المتبادر منه العموم وان عدم التعيين يعطي عدم الفرق بين وجوه الانتفاع والا لعينه وان تعيين احدهما بعينه بحيث لا يجوز غيره ترجيح بلا مرجح (قلت) الاطلاق ينصرف الى الافراد الغالبة المتبادرة فهو عام فيها ولا يتناول النادرة فان ارادوا بالعموم هذا فذاك وهو قضية مايأتي في كلام الكتاب وهو المراد من قوله في التحرير اذا اطلق له العارية فالاقرب الجواز وله الانتفاع بمجرى العادة فلو استعار ارضا من غير قيد جاز ان يبني و يغرس و يفعل كل ماهي معدة له من الانتفاع وهو الذي مال اليه في التذكرة في اخر البحث قال واذا اعاره ارضا مطلقا كان له ان ينتفع بها بسائر الانتفاعات وجميع ما العين معدة له من الانتفاع مع بقاء العين كالزرع والغرس والبناء و يفعل فيها كما هي مستعدة له من الانتفاع الى ان قال والاقرب ان له ان يرهن مع التعميم دون الاطلاق وقال ايضا فيما اذا اطلق كان له البناء والغرس والزرع دون الرهن والوقف والاجارة والبيع ولا ترجيح في جامع المقاصد وحكي عن الشافعية في احد وجهيها البطلان مع الاطلاق لان الاعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن عَلَى حسب الحاجة ولا حاجة الى الاعارة المرسلة (قوله) ﴿و ينتفع بما جرت العادة به﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والكفاية وغيرها والمرجع في العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلواعاره بساطا اقتضى الاطلاق فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة او لحافا اقتضى جعله غطاء فلا يجوز فرشه لعدم جريان العادة بذلك او حيوانا للحمل اقتضى تحميله قدرا جرت العادة بكونه يحمله فلا تجوز الزيادة او فرسا من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها وعَلَى هذا وقال في التذكرة ان لم تكن للعين الا منفعة واحدة كالدراهم للزينة فهو متعين وان تعددت فان عين نوعا تعين وان لم يعين فان عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه وان اطلق فالاقوى انه كذلك كما مر تفصيله (اذا تقرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب (فنقول) يحتمل ان يكون المراد انه ينتفع بمجرى العادة حيث يعمم فينتفع بسائر وجوه النفع المعدة في العادة تلك العين لها من الكمية والكيفية فلا يتجاوز في الافراد النادرة التي لم تجر العادة في العارية لها فيها و ينتفع حيث يخصص بما تجري العادة في ركوب الدابة مثلا من السرعة والبطوء في السير وكونه في الليل او في النهار ونحو ذلك واما حيث يطلق فالامر واضح فيكون عمم العادة بحيث تتناول وجوه الانتفاعات وكيفياتها و نحو ذلك فسر المولى الاردبيلي عبارة الارشاد و يحتمل ان يكون المراد ان ذلك حيث يطلق فقط واما حيث يعمم او

فلو اعاره الدابة لحمل معين لم يجز له الزيادة و يجوز النقصان ولو اطلق فله حمل المعتاد عَلَى مثلها ولو اذن في زرع الحنطة تخطى الى المساوي والأدون لا الأضر ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الأطلاق « متن »

يخصص فيتقدر بقدر التسليط ولا يقتصر في الاول عَلَى ماجرت به العادة ولا يتعدى في الثاني الى غير مانص له عليه وان جرت به العادة وهو الذي فهمهُ المحقق الثاني وقال ان العبارة لاتخلو عن مناقشة فلو قال و ينتفع بما جرت به العادة لو اطلق لكان اولى (قلت) فيكون المصنف ممن لايختار تنزيل الاطلاق عَلَى العموم والسوق قد يعطي في عبارة الكتاب مافهمه المقدس الاردبيلي (قوله) فلو اعاره دابة لحمل معين لم يجز له الزيادة و يجوز النقصان الحكم الاول مما لاخلاف فيه لاصالة عصمة مال الغير وعدم جواز التصرف به الا بما اذن فيه واما الثاني فللاولوية العرفية كما بيناه في الوديعة و ياتي فيما اذا عين له جهة فتجاوزها الى الادون الاجماع عَلَى جوازه وهو يدل عَلَى ما نحن فيه وما في المسالك والروضة وكذا جامع المقاصد وغيرهما من منع الاولوية في مثله لاختلاف الاغراض في ذلك فقد تقدم جوابهُ هنالك وستسمعه قريبا (قوله) ولو اطلق فله حمل المعتاد عَلَى مثلها هذا ايضا ممالا خلاف فيه من القائلين بصحة الاطلاق كما تقدم و ياتي (قوله) ولو اذن في زرع الحنطة تخطى الى المساوي والادون لا الاضر اما عدم جواز التخطي الى الاضر فقد اتفقت عليه الفتاوى من دون خلاف اصلا واما جواز التخطي الى المساوي والادون فهو صريح التذكرة والتحرير واليه مال او به قال المقدس الاردبيلي وصريح المبسوط والغنية والسرائر والرياض في جواز التخطي الى الادون وهو قضية كلام المبسوط في المساوي وفي المبسوط انه لو اذن له في الغرس والبناء فزرع جاز ذلك له بلا خلاف وهو يقضي بنفيه هنا ايضا وفي جامع المقاصد ان ظاهر كلامهم ان الحكم بجواز التخطي الى المساوي والادون اجماعي والا فهو مشكل (قلت) قد عرفت المصرح بذلك ولعله استنبطه من عدم نقل الخلاف فيه في المختلف والتذكرة والايضاح وغيرها لكنه كانه لم يلحظ الشرائع قال فيها و يقتصر المستعير عَلَى القدر المأذون فيه وقيل يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر كان يستعير ارضا للغرس فيزرع والاول اشبه والمنع فيهما ايضا ظاهر الارشاد واللمعة وصريح الروضة والمسالك والكفاية وصاحب الرياض منع في المساوي واجاز في الادون ولا ترجيح في المفاتيح (قلت) ينبغي عدم التامل في جواز التخطي الى الادون للاولوية العرفية ولا يقدح فيها اختلاف الاغراض مع الجهل بان المقصود من التعيين هو الخصوصية ومراعات ذلك في عدم الاخذ بالاولوية في المسئلة يوجب انسداد باب اثبات الاحكام الشرعية بها ولم يقولوا به نعم لو علم قصد الخصوصية بالنهي عنه كما ياتي اتجه المنع واما في المساوي فلا يبعد الجواز لان العرف يقضي بعدم التضييق في مثل ذلك اذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعير بالمعين غالبا و يشهد له قولهم في الدابة المستاجرة بجواز اركاب المساوي لها واجارتها له ولعله لا اشكال مع القرينة بان المقصود غير متعلق بالمعين فليتامل والاحتياط لا يترك (قوله) ولو نهاه حرم اي التخطي الى الادون والمساوي قطعا كما في المسالك والكفاية وكذلك اذا دلت القرائن عَلَى تعلق الغرض بالمعين كما في المسالك وكان له قلعه مجانا كما في التذكرة (قوله) وعليه الاجرة لو فعله كما هو واضح وعليه نص في جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية (قوله) والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الاطلاق يريد انه اذا عدل الى الاضر مع النهي فالاقرب عدم اسقاط اجرة المأذون فيه وثبوت الزائد خاصة لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه وهو يستلزم ثبوت الاجرة كلا والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لاسقاط قدره فالمراد بالتفاوت هو مقدار

بخلاف حمل الاكثر وليس للمستعير ان يعير ولا ان يؤجر ولو اعاره للغراس لم يكن له البناء و بالعكس وله الزرع ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وان تعددت فلو استعار الدابة ركب او حمل ولو استعار ارضا فله البناء اوالغرس اوالزرع وكذا لو قال انتفع كيف شئت ولو استعار للزرع واطلق زرع مهما شاء « متن »

اجرة الماذون فيه وهو خيرة ا . يضاح والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وكذلك تلزمه الاجرة لو عدل الى المساوي والادون مع النهي وان الاقرب عنده اذا اتى بالاضر مع الاطلاق اي عدم النهي عن الاضر اسقاط اجرة الماذون فيه لانه لم يحصل ماينافيه فيكون مستثنى من المستوفى و بعبارة اخرى انه قد اسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض فالزائد هو المضمون خاصة لانه غير الماذون وهذا لايقضي بالاسقاط مع التصريح بالنهي(و بتقرير اخر)انه مع عدم النهي عن التخطي استفاد بالاذن في الزرع المخصوص استباحة المنفعة المخصوصة في ضمن اي فرد كان فحيث تخطي الى الاضر كان مقدار منفعة الماذون مباحا له خاصة فيضمن الزائد فقط وهو خيرة الايضاح وكذا الحواشي وذهب المحقق الثاني والشهيد الثاني الى عدم الفرق لان التخطي في الحالين غير ماذون فيه اقصاه انه في احداهما نص على المنع وفي الاخرى جاء المنع من اصل الشرع وذلك لا يوجب اختلاف المذكور ولم نجد فرقا بين من منع من التصرف في ملكه و بين من لم يمنع في وجوب الضمان على المتصرف فيه وهو خيرة الكفاية على تامل له والرياض وظاهر الروضة ولا فرق بين التخطي الى الاضر و بين التخطي الى المساوي والاقل عند من منع من التخطي اليهما وعلى احتمال اسقاط اجرة الماذون فيه في الاضر لايحصل في المساوي والاقل ضررا الا الاثم خاصة (قوله) ﴿ بخلاف حمل الاكثر ﴾ اي اذا اذن له في تحميل الدابة قدرا معينا فزاد عليه فانه يضمن اجرة الزائد قولا واحدا كما في جامع المقاصد و يتحقق اسقاط قدر الماذون فيه قطعا كما في الحواشي والمسالك وعليه نص في الروضة والكفاية والرياض لان الماذون فيه بعض المنفعة التي استوفاها فلا اجر له بخلاف النوع المخالف ومثله مالو زرع الماذون وغيره وما لو ركبها واردف غيره (قوله) ﴿ وليس للمستعير ان يعير ولا ان يؤجر ﴾ كما صرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام كثير منهم و به صرح في اللمعة والروضة في خصوص الاعارة فالاجارة بالاولى وذلك لانه لايتناوله الاطلاق وفي المسالك انه محل وفاق وخالف فيه بعض العامة فجوزه قياسا على اجارة المستأجر والفرق واضح نعم يجوز للمستعير ان يستوفي المنفعة بنفسه ووكيله ولا يعد ذلك اعارة لان المنفعة عائدة الى المستعير لا الى الوكيل كما قاله بعض ولا بد من تقييده بما اذا لم يشترط عليه الاستيفاء بنفسه واما الاهل والدواب والضيف فحكمه حكم نفسه ان كان المحل قابلا فالاعارة له اعارة لهم بمعنى جواز انتفاعهم بذلك بل هو المنتفع ايضا والقيد المذكور معتبر هنا ايضا وفي الشرائع والارشاد واللمعة انه لايجوز له ذلك اي الاعارة والاجارة الا مع الاذن (قلت) لعله يكون حينئذ وكيلا للمالك لامعيرا ولا موجرا عن نفسه (قوله) ﴿ ولو اعاره للغراس لم يكن له البناء و بالعكس وله الزرع ﴾ كما قد تقدم بيانه (قوله) ﴿ ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وان تعددت فلو استعار الدابة ركب او حمل ولو استعار ارضا فله البناء او الغرس او الزرع وكذا لو قال انتفع كيف شئت ولو استعار للزرع واطلق زرع مهما شاء ﴾ هذا تقدم الكلام فيه كله في الثالث والمخالف في الاول بعض العامة فانهم حكموا بالبطلان في المتعدد وقد فرقنا بين الاطلاق والتعميم وانما يجوز ان يحمل على الدابة المعدة لذلك واما المعدة للركوب

(الرابع) التنازع فلو ادعى العارية والمالك الاجارة في الابتداء صدق المستعير ولو انتفع جميع المدة او بعضها احتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما عَلَى اباحة المنفعة والاصل برائة الذمة من الاجرة وتصديق المالك بيمينه لان الاصل مملوك له فكذا المنفعة فيحلف عَلَى نفي العارية و يثبت له الاقل من اجرة المثل والمدعي « متن »

فقط فلا (قوله) ﴿ الرابع التنازع فلو ادعى العارية والمالك الاجارة في الابتداء صدق المستعير ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية فاذا حلف عَلَى نفي الاجارة سقط عنه دعوى الاجرة واسترد المالك العين لان الراكب لايدعي لنفسه حقا ولا اتلف المنافع عَلَى المالك ولا يدعي خروجها عن ملكه حتى يحكم الاصل الاتي فالمدعي في الحقيقة هو المالك ولانه يدعي ثبوت الاجارة ووجوب الاجرة في ذمته والاخر ينكرهما فيقدم قوله للاصل والمدعي لايدعي عليه بشيء من عوض المنافع فلم يتعدد قوله وعلل في المبسوط والشرائع بأن المالك يدعي عقدا وهذا ينكره وهو باطلاقه جار في المسئلة الاتية فلا بد مما ذكرناه من الضميمة ومما ذكر علم المراد من الابتداء في العبارة وهو ان الاختلاف كان عقيب القبض [illegible] ولا مضي مدة لمثلها اجرة (قوله) ﴿ ولو انتفع جميع المدة او بعضها احتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما عَلَى اباحة المنفعة والاصل برائة الذمة من الاجرة وتصديق المالك بيمينه لان الاصل مملوك فكذا المنفعة فيحلف عَلَى نفي العارية و يثبت له الاقل من اجرة المثل والمدعى ﴾ الاصحاب في المسئلة على اقوال (الاول) ماذكره المصنف اولا من ان القول قول الراكب المستعير وهو خيرة عارية الخلاف والمبسوط مع تقييد العارية فيه اي المبسوط بما اذا كانت مضمونة والغنية واللمعة ومجمع البرهان والكفاية و به قال ابو حنيفة قالوا لانهما اتفقا عَلَى ان تلف المنافع كان عَلَى ملك المستعير لان المالك يزعم انه ملكها بالاجارة والمستعير يزعم انه ملكها بالاستعارة وقد ادعى عليه عوض ماتلف عَلَى ملكه والاصل عدم وجوبه و برائة ذمته وفيه (اولا) ان المستعير لا يملك المنفعة وانما يجوز له التصرف فهي اباحة كما قالوه في ثمرة التعريف واشار اليه المصنف بقوله على اباحة المنفعة فتأمل جيداً (وثانياً) ان المنافع اموال كالاعيان فهي في الاصل لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض عَلَى خلاف الاصل واصالة برائة ذمته انما تصح من خصوص ما ادعاه المالك لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التي هي من جملة اموال المالك والاصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه مجانا وفي الكفاية ان لاحجة عَلَى هذا الاصل عقلا ولا نصا ونحوه مافي مجمع البرهان مع انه في مزارعة الكفاية قال في المزارعة بالتحالف فكان عاملا بهذا الاصل مع (ثم خ ل) ان هذا الاصل قد طفحت به العبارات من الخاصة والعامة في الباب و باب المزارعة وغيرهما من غير تامل ولا خلاف فكانه مجمع عليه وهو معنى قولنا الاصل قبول قوله فيه وعدم خروجه عنه الا بقوله وقد دل عليه النص الصحيح والعقل (اما النص) ففي صحيحة اسحق بن عمار قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل الذي كانت عنده وديعة وقال الاخر كانت عليك قرضا قال المال لازم الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة فتأمل (واما العقل) فلانه معصوم عقلا ونقلا ومعنى عصمته عدم خروجه عن ملكه بغير عوض و بدون قوله ثم انه ليس بيعه وهبته واعارته الا كطهارته ونجاسته وحليته وحرمته وملكيته وعدم ملكيته فكما يقبل قوله واقراره في ذلك يقبل هنا فليلحظ ذلك نعم يتم هذا القول فيما اذا قدم الحاكم دعوى المالك بالقرعة او بالسبق او بجلوسه عن يمين صاحبه او لانه اذا ترك ترك فكان مدعيا محضا بهذا المعنى فاذا احلفه المالك عَلَى نفي الاجارة فقد سقطت دعوى الاجازة ودعوى الاجرة المعينة معاً ولا معنى حينئذ لدعوى

المستعير عليه الاعارة ولا تحليفه واخذ الاقل من المدعى واجرة المثل خصوصا ان ادعى ان الاجرة عين معينة نعم ان ادعى الراكب ان الاعارة مشروطة في عقد لازم ولم ينقض او انها من باب اخر فان له تحليفه و يتجه التحالف والا فلا وان قدم الحاكم دعوى الراكب لانه مخالف للاصل بالمعنى المذكور مخالف للظاهر الغالب لا يتجه هذا القول فينبغي ان يكون المدار في البـاب عَلَى بيان من يجب عَلَى الحاكم تقديم دعواه (الثاني) ان القول قول المالك في عدم العارية لموافقته الاصل والظاهر الغالب ولا يقبل قوله فيما يدعيه من الاجارة لانه مدع فاذا حلف عَلَى نفي العارية لم تثبت الاجارة ولكن يثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه فيثبت عليه اجرة المثل وهو خيرة الشرائع والتحرير في الباب و باب المزارعة واجارة المهذب ومزارعة التذكرة وهو محتمل من اجارة المبسوط والشرائع او ظاهرهما و يشكل بما لو كان مايدعيه من الاجرة اقل من اجرة المثل لاعترافه بنفي الزائد فينبغي ان يثبت له بيمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل لان الاقل ان كان مايدعيه من الاجرة فهو معترف بعدم استحقاقه سواه وان كان الاقل اجرة المثـل فلم يثبت بيمينه سواهـا لان الاجارة لم تثبت وهـذا هو (الثالث) من الاقوال وهو خيرة الكتاب والارشاد عَلَى الظاهر منهما و يشكل بان المالك يدعي الزائد من الاجرة عَلَى تقدير زيادة مايدعيه عن اجرة المثل والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه وحلفه عَلَى نفي الاعارة لم يدل عَلَى نفي الاجارة كما لا يدل عَلَى اثباتها واثبات اقل الامرين باليمين مسلم لكن يبقى النزاع في الزائد عَلَى تقديره لايندفع الا بحلف الراكب عَلَى نفي الاجارة او نكوله فيحلف المالك عليها و ياخذ الزيادة ولهذا اختير في المختلف والتذكرة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومزارعة الكتاب والارشاد وجامع المقاصد والروض (كذا) والمسالك والكفاية انهما يتحالفان وهو (القول الرابع) وعليه نزل الشهيد عبارة الكتـاب فـي الحواشي المنسوبة اليه لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك عَلَى نفي الاعارة والراكب عَلَى نفي الاجارة و يثبت اقل الامرين لانتفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير والزائد من اجرة المثل باعتراف المالك فلا بد لمن اطلق القول بالتحالف كما في المختلف من تقييده بما اذا لم تزد اجرة المثل عن المدعى فان زادت فلا معنى لاحلاف المالك كما هو ظاهر مضافا الى ماستسمع وقد يعتذر عن ظاهر الكتاب والارشاد بان يقال ان ذلك انما هو فيما اذا قنع المالك ورضي بذلك ولم يدع شيئاً اخر وان ذلك اقل مايحصل له فـي هـذه الصورة واما اذا لم يقنع وطالب بالزيادة فله احلافه كما هو ظاهر ولعله انما تركه لظهوره . وقد يعتذر عن الشرائع والتحرير بان الغالب في الاجرة ان تكون بمقدار اجرة المثل او ازيد فالاعتراض عليهما بما اذا كان مايدعيه من الاجرة اقل لم يصادف محزه . و يرد عَلَى القول بالتحالف ماذكرناه في صدر المسئلة من انه اذا قدمت دعوى المالك وحلف المستعير فلا معنى للتحالف اصلا فالقول بالقرعة لهم في تقديم حلف احدهما ليس بذلك البعيد وهو (القول الخامس) في اصل المسئلة اختاره الشيخ في مزارعة الخلاف وجعـله فـي المبسوط احوط قال في الخلاف والذي يليق بمذهبنا ان يستعمل فيه القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به ومعناه ان معرفة المدعي والمنكر مشتبهة عليه في المقام فيجب المصير الى القرعة وقضية مافي المبسوط ان الحاكم لمكان الاشتباه مخير في تقديم ايهما شاء والاحوط القرعة و (القول السادس) هو مافي السرائر قال لا يقبل قول المالك في مقدار ما ادعاه من الاجرة ولا نقبل قول الراكب فيما ادعاه من العارية بل توجب عليه اجرة المثل لانا قد تحققنا ركوب الدابة والراكب يدعي العارية فيحتاج الى بينة والمالك يدعي عقد اجارة واجرة معينة يحتاج ايضا الى بينة فاذا عدمنا البينات عَلَى ذلك وقد تحققنا ركوب الدابة فالواجب في ذلك اجرة المثل عوضاً عن منافع الدابة المتحققة انتهى وظاهره انه لايكلف احد منهم بيمين وهو خلاف مافي الشرائع وقد حكي عنه في المسالك موافقتها فليلحظ ذلك وقد استوفينا الكلام في باب المزارعة فلتلحظ هناك ايضا وللمصنف في اجارة الكتاب في المسئلة عبارة لاتكاد تصح عَلَى ظاهرها فلا يصح ان تحكي عنهـا

ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين ويثبت له اجرة المثل ولو ادعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادعى المالك الاعارة فان اتفقت الاجرة والقيمة اخذها المالك بغير يمين وان زادت القيمة اخذها باليمين وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ويصدق المستعير في ادعاء التلف «متن»

شيئاً وقد انتهض الشارحون لتأويلها فلتلاحظ وقد نزلناها على تنزيل يدفع عنها جميع ما اوردوه عليها (فرع) لو انعكس هذا الاختلاف فادعى المالك الاعارة والمتصرف الاجارة فالقول قول المالك سواء كان قبل مضي مدة لمثلها اجرة او بعد مضي مدة الاجارة او بعد مضي بعض المدة وفي الصورتين الاخيرتين تكون الاجرة مجهولة المالك ثم انه لا معنى للاختلاف في الثانية الا اذا كانت الاعارة مشروطة في عقد لازم هذا اذا كانت العين باقية وان كانت تالفة وكان الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها اجرة عقيب القبض وقد ادعى انه شرط عليه الضمان فالقول قول المالك مع اليمين لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي وان كان بعد مضي المدة او في اثنائها فان كانت الاجرة بقدر القيمة فذاك والا اخذت الزيادة (قوله) ﴿ ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين وله اجرة المثل ﴾ كما في التذكرة والتحرير والمختلف وجامع المقاصد ومزارعة المبسوط والشرائع والارشاد وجامع المقاصد والروض (كذا) والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والسرائر فيما حكي عنها والموجود في السرائر في الباب ما تقدم نقله عنها ولم نجده في مزارعتها لما تقدم من اصالة تبعية المنافع للاعيان في التملك والاصل عدم اباحة المنفعة وعدم الاذن . والمخالف الشيخ في الخلاف قال القول قول المتصرف لان المالك يدعي عليه عوضا والاصل برائة ذمته منه وزاد له في التذكرة ان الظاهر من اليد انها بحق واغرب فيها في باب المزارعة فقال ان القول قول المتصرف وعليه الاجرة والارش وطم الحفر وله ازالة الزرع وفي جامع المقاصد انه سهو قطعا (قلت) هذا يرجع الى ان الاصل في فعل المسلم الصحة وانه غير مخالف للشريعة لكن شرط التمسك بالاصلين ان لا يلزم الاضرار بمسلم هذا وقد قال في المختلف ان كانت العين باقية ردها والاجرة وان كانت تالفة رد الاجرة وهل يرد اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ان اوجبناه على الغاصب او القيمة يوم التلف والوجه هنا التحالف وتثبت القيمة يوم التلف خاصة وان لم نوجب اعلى القيم على الغاصب فلا بحث وان ادعى المالك الغصب والقابض الاجارة فالاختلاف هنا في وجوب القيمة وقدر الاجرة فالقول قول المالك مع اليمين وان نقص المسمى عن اجرة المثل انتهى (قوله) ﴿ ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادعى المالك الاعارة فان اتفقت الاجرة والقيمة اخذها المالك بغير يمين وان زادت القيمة اخذها باليمين ﴾ كما صرح به في جامع المقاصد ونبه عليه في التحرير (والوجه في الاول) اعني اتفاق الاجرة والقيمة ظاهر لان ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ولا محصل للاختلاف (وفي الثاني) ان المالك اذا حلف على نفي الاجارة انتفت فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت وانما ذكر تسويغ استيجاره لانه لم يسبق بيانه وقوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى (قوله) ﴿ وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ﴾ اي اذا ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك اذا حلف على نفي الاجارة ولا عوض للمنفعة المستوفاة لاقراره بالعارية وان وجب على مدعي الاستيجار اجرة مدة كون العين في يده بزعمه (قوله) ﴿ ويصدق المستعير في ادعاء التلف ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروضة والكفاية وقد يلوح ذلك ممن اقتصر على ذكر عدم قبول قوله في الرد وفي الرياض انه لا خلاف فيه سواء ادعاه بامر ظاهر او خفي لانه امين ولامكان

لا الرد وفي القيمة مع التفريط او التضمين عَلَى رأي « متن »

صدقه فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس وقال في المسالك وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في باب الامانات ولم نجده اورد عَلَى نظيره في باب الامانات شيئًا وفي مجمع البرهان ان ما استندوا اليه ليس بحجة قاطعة والقياس عَلَى الوديعة قياس مع الفارق لمكان الضروة لئلا يلزم سدّ باب الوديعة فان كان اجماع او نص والا فالقواعد تقتضي ان القول قول المالك كما في الردّ لانه مدع والمالك منكر والفرق بين الرد والتلف مشكل نعم يمكن قبول قوله في موضع لايمكن الاشهاد (قلت) قد طفحت اخبار باب العارية عَلَى كثرتها بانها اذا هلكت عند المستعير ليس عليه ضمان فتأمل جيداً وفي بعضها ان صاحب العارية والوديعة مؤتمن واذا ثبت هذا لم يكن عليه الا اليمين فكان النص موجوداً وانهما من واد واحد الا انّ ذلك قد يقضي بقبول قوله في الردّ ولا يقولون به فتأمل ولعله لايجيءُ هنا خلاف الصدوق والشيخ في النهاية وصاحب الوسيلة من قبول قوله من دون يمين كما قالوه في الوديعة (قوله) ﴿ لا في الرد ﴾ كما في الكتب التسعة المتقدمة مع زيادة النافع وايضاحه والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان وفي الرياض انه لايعلم فيه خلافا للاصل وانه قد قبضه لمصلحة نفسه بخلاف الودعي فانه انما قبض لمصلحة المالك خاصة ومعنى عدم قبول قوله الحكم بضمانه المثل او القيمة لا الحكم بالعين مطلقا اي كاذبا كان او صادقا للزوم ايداعه الحبس مخلدا ولا منافاة بين امكان صدقه وكونه كاذبا في الواقع والحكم بضمانه المثل او القيمة ظاهرا اذ ليس كل ممكن بواقع وطريق الجمع الانتقال من العين الى البدل وقال في جامع المقاصد ومن هنا يعلم انّ الوكيل بجعل كالمستعير وتبرعا كالمستودع (قلت) هذا يتم لو كانت العلة منصوصة وليست كذلك وانما هي مناسبة مع مخالفة الاصل والاصل فيما نحن فيه الاجماع معتضدا بالاصل وانه مدّع محض والا فبعض اخبار الباب يقضي بانه كالودعي يقبل قوله في الردّ كما عرفت (قوله) ﴿ وفي القيمة مع التفريط او التضمين ﴾ لو اختلفا في القيمة فالقول قول المستعير كما في السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والارشاد والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية وفي التذكرة وجامع المقاصد والمسالك التصريح كالكتاب بما اطلق هؤلاء بان القول قوله مع التفريط او التضمين وفي التحرير والتبصرة التقييد بالتفريط والاقتصار عليه ليس خلافا بل لعله للتنبيه عَلَى الاخفى اوالاغلب لكن في المختلف والايضاح والرياض فرضت المسئلة فيما اذا اختلفا في القيمة بعد التفريط والاتفاق عليه وليس في كلام المخالفين كما يأتي التقييد بذلك وقد اختير في الثلثة المذكورة تقديم قول المستعير وفي التنقيح ان عليه الفتوى (قلت) ودليلهم الاصل وانه غارم وقال الشيخ في النهاية واذا اختلف المستعير والمعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه فان اختلفا في التفريط والتضييع كان علی المعير البينة الخ فذكر التفريط بعد الاختلاف في القيمة وهو الذي يفهم من المقنعة والمراسم وبه صرّح في الوسيلة قال فان اختلفا في القيمة كان القول قول المعير وهو المحكي عن القاضي وقال في الغنية واذا اختلفا في مبلغ العارية او قيمتها اخذ ما اقر به المستعير وكان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد عن ذلك بدليل الاجماع وحكي مثل ذلك في المختلف عن التقي واحتمل ان يكون ذلك بعد رد المستعير اليمين عَلَى المعير وهو بعيد عَلَى انّ هذه العبارة هي التي حكاها في السرائر عمن خالف منا وقال انها هي التي اوردها الشيخ في النهاية وقد خلا كلام الجميع عن التقييد بكون ذلك بعد التفريط بل هو باطلاقه شامل لما اذا اشترط التضمين فلا نستجود قوله في المختلف احتجوا ببطلان الامانة بالخيانة فلم يكن قوله مقبولا في القيمة لانه ليس في كلامهم تصريح ولا ظهور في ذلك وتبعه عَلَى ذلك جماعة مع ان منهم من صرح بالتفريط والتضمين كولد المصنف في الايضاح ومنهم من اطلق الكلمة كالمحقق الثاني والشهيد الثاني واجابوا بان تقديم قوله ليس لكونه امينا بل لكونه منكرا وظاهر كلام السرائر ان هناك خبرا استندوا

وفي عدم التفريط (فروع الاول) ولد العارية المضمونة غير مضمون (الثاني) موئنة الرد على المستعير (الثالث) لو رد الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرأ «متن»

اليه وقال كاشف الرموز اني اعتبرت الاحاديث فما ظفرت بخبر يوءيد هذا القول واخذ يتجشم لهم ان الثابت في الذمة هو التالف ومع تعذر المثل القيمة فالمستودع يدعي ان الثابت في الذمة هذا القدر خلاصا مما ثبت في ذمته فعليه البينة ثم اجاب بانا لانسلم انه يدعي بل ينكر قول المالك و يقر بالقدر المتفق عليه قال ولا يقال انه يدعي امرا خفيا لان المتفق عليه لايكون خفيا والغرض انه وصاحب السرائر لم يحتجا لهم بما في المختلف وغيره وصاحب الغنية احتج بالاجماع الموهون بما عرفت نعم ماذكروه يتعين في الوديعة لانه لايتاتى فيها الضمان بدون تفريط ولا كذلك العارية وقد خلت بعض العبارات عن ذكر اليمين وهو مراد جزما هنا (وليعلم) ان ذلك كله فيما اذا احتمل تغيير القيمة حين التلف لطول المدة ونحو ذلك والا فلو رآها اهل الخبرة قبل هلاكها بحيث يجزمون انها لم تتغير قيمتها حين هلاكها بما قاله المستعير فان القول قول المالك ولعل ذلك مراد الشيخين واتباعهما فتأمل (قوله) وفي عدم التفريط كما في النهاية والوسيلة والغنية والسرائر والنافع والتذكرة والمختلف والتبصرة والتنقيح والكفاية وهو المحكي عن القاضي والتقي للاصل وانهُ منكر وقد يظهر من الغنية الاجماع عليه وقال في المقنعة وان تعدى المستعير في العارية ضمنها وان لم يكن صاحبها قد اشترط ضمانها والقول في الخلف بين المستعير وصاحب العارية كالقول في الوديعة والرهن سواء ان كانت لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن فالقول قول صاحب العارية مع يمينه بالله عز وجل مع انه لم يذكر في الرهن ولا الوديعة الخلف في التفريط بل في القيمة معه وجعل القول قول المالك ولم يطل به العهد فتأمل وقال في المراسم فالمضمون يلزم ضمانه على كل حال وما لا يضمن لايلزم ذلك فيه الا بالتفريط خاصة فان اختلفا في شيء من ذلك فالقول قول المعير مع يمينه اذا عدما البينة فان قصد وشيخهُ الخلف في التفريط كانت المسئلة خلافية ولم يفهم المصنف منهما الخلاف في الكتاب ولا ولده ولا كاشف الرموز ولا ابوالعباس ولو كانا مخالفين ما اهمل التنبيه عليه بالكلية في الشرائع وغيرها مما لم نذكره والمصنف في المختلف احتمل كونهما مخالفين احتمالا وانما نسب الخلاف اليهما على البت الفاضل المقداد ونقل عبارته حرفا فحرفا شيخنا صاحب الرياض (قوله) (فروع الاول) ولد العارية المضمونة غير مضمون هذا خاص بما اذا كانت مضمونة بالاشتراط فيما يوءثر فيه الشرط لا كولد الصيد للمحرم وشبهه ووجه عدم ضمانه ان الاذن في اثبات اليد عليه مستفادة من فحوى عارية الام وليس داخلا في العارية ولا فرق بين كونه منفصلا او حملا و يجيء على قول الشيخ ان الحمل جزء من الام ضمانه (قوله) الثاني موءنة الرد على المستعير قد تقدم الكلام فيه لانه قبض لمصلحة نفسه و يجب رد الملك على مالكه عند الطلب او انقضاء المدة وقال في جامع المقاصد قد يقال هذا ينافي ماسبق من عدم وجوب طم الحفر لو قلع الغرس المالك لانه لم يرد الملك المستعار على المالك الا ان يقال المراد ردّه على ماهو به وعلى ما ذكره فقد يستفاد ان المالك اذا بذل الارش الزمه بالقلع وليس يبعيد لكن يشكل عليه ما لو استعار في بلد فسافر المالك الى بلد اخر فيمكن ان يقال الواجب الرد في بلد العارية لانه الذي لزمه وقت تسليمها (قوله) او ردّه الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرأ لو قال لو ردّ العارية الى من جرت العادة بقبضه لها كان اولى وقد تقدم الكلام في ذلك وقال ابو حنيفة اذا ردّها الى ملك المالك صارت كانها مقبوضة لان رد العواري في العادة تكون الى املاك صاحبها وغلطه في التذكرة برد السارق

(الرابع) لواعار المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل عَلَى من شاء ويستقر الضمان عَلَى الثاني مطلقاً عَلَى اشكال وكذا العين (الخامس) لو اذن المالك في الاجارة اوالرهن لزمه الصبر الى انقضاء المدة عَلَى اشكال فتقدر المدة في الاجارة ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن (المقصد الثالث) في اللقطة وفيه فصول «متن»

المسروق الى الحرز ومنع عليه العادة (قوله) ﴿ لو اعار المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل عَلَى من شاء ويستقر الضمان عَلَى الثاني مطلقا عَلَى اشكال ﴾ لا ريب ان له الرجوع باجرة المثل عَلَى من شاء منهما لان المنفعة مضمونة عَلَى كل واحد منهما لكونهما غاصبين والمراد بالاطلاق ما اذا كان اي الثاني عالما او جاهلا واستقراره عَلَى العالم لا اشكال فيه وانما الاشكال في استقراره عَلَى الجاهل اقواه واصحه عدم قراره عليه كما في الايضاح وجامع المقاصد لانه انما اقدم عَلَى استيفاء المنفعة مجانا فكان مغرورا ضعيف المباشرة فيرجع عَلَى من غرّه ولا ترجيح في التذكرة والتحرير والحواشي كالكتاب لما ذكر ولانه المتلف المباشر للتلف وهو ضعيف (قوله) ﴿ وكذا العين ﴾ يعني ان العين لو تلفت كان ضمانها عليهما فيتخير المالك في الرجوع عَلَى من شاء منهما وقرار الضمان عَلَى الثاني مطلقاً عَلَى اشكال في . جنس قد علم وجهه مما سبق لكن في التحرير جزم بان قرار الضمان عَلَى المستعير الثاني لو تلفت في يده ولم يستشكل في الجاهل كالتذكرة والاصح انه يرجع عَلَى من غرّه كما في الايضاح ايضا وجامع المقاصد والكتاب في باب الرهن وفي الحواشي انه لو اشترط عليه الضمان او كانت مما يضمن كالذهب والفضة ضمن قطعا ووافقه عَلَى ذلك المحقق الثاني لانه انما دخل عَلَى ضمانها وقال والحال في نقص الابعاض يعلم من هذا (قوله) ﴿ لو اذن المالك في الاجارة او الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المدة عَلَى اشكال فتقدر المدة في الاجارة ويضمن المستعير في المضمونة دون المستاجر والمرتهن ﴾ قد تقدم الكلام في باب الرهن فيما اذا استعار للرهن مسبغا في المسئلة واطرافها مستوفى احسن استيفاء وقد لحظنا هناك كلامهم في البابين ومنه يعلم حال ما اذا اذن له في الاجارة والاصح انه يلزمه الصبر الى انقضاء المدة المقدرة لانه لابد من تقديرها فيها لانها تتقبل الزيادة والنقصان والضرر بذلك يتفاوت تفاوتا بينا فلا تصح الاجارة حينئذ بدون تقدير المدة ولا يضمن المستاجر والمرتهن لو تلفت لان يدهما يد امانة وقد تقدم الكلام في المرتهن

﴿ المقصد الثالث في اللقطة ﴾

قال في القاموس اللقطة محركة وكهمزة وثمامة ما التقط واقتصر في الصحاح عَلَى الاول (وقال في النهاية) اللقطة بضم اللام وفتح القاف المال الملقوط قال وقال بعضهم بني اسم الملتقط كالضحكة والهمزة فاما المال الملقوط فهو بسكون القاف والاول اكثر واصح انتهى (قلت) هذا البعض الذي قال بسكون القاف لاغير هو الخليل ابن احمد حكاه عنه في التذكرة واما جواز فتح القاف وسكونها فحكي عن الاصمعي وابن الاعرابي والفراء وابي عبيدة (وفي المصباح المنير) اللقطة وزان رطبة ماتجده من المال الضائع قال قال الازهري اللقطة بفتح القاف اسم الشيء الذي تجده ملقى لتاخذه قال اي الازهري وهذا قول جميع اهل اللغة وحذاق النحويين وقال الليث هو بالسكون ولم اسمعه لغيره واقتصر ابن فارس والفارابي وجماعة عَلَى الفتح ومنهم من يعد السكون من لحن العوام ووجه ذلك ان الاصل لقاطة فكثرت عليهم لكثرة مايلتقطون في النهب والغارات وغير ذلك فتقلبت بها السنتهم اهتماما بالتخفيف فحذفوا الهاء مرة وقالوا لقاط والالف اخرى فقالوا لقطة فلو اسكن اجتمع عَلَى الكلمة اعلالات وهو مفقود في فصيح الكلام وعن ابي عبيدة ان

(الاول) في اللقيط وفيه مطلبان (الاول) الملقوط اما انسان اوحيوان او غيرهما ويسمي الاول لقيطا وملقوطا ومنبوذا وهو كل صبي ضائع لا كافل له « متن »

اما غليه عامة اهل العلم ان اللقطة بالتحريك حكاه عنه في السرائر وقال في الايضاح في حديث يزيد بن خالد الجهني اجمعت الرواة على روايته بالتحريك وفي الصحاح اصل اللقطة الاخذ من حيث لايحسن منه وفي النهاية ان يعثر على الشيء من غير قصد (وكيف كان) فقد قال جماعة انها مختصة لغة بالمال والفقهاء تجوزوا في اطلاقها على مايشمل الادمي وبعضهم جرى على المعنى اللغوي وافرد الانسان الضائع بكتاب آخر وعنونه باللقيط (قلت) الظاهر انها حقيقة شرعية بناء على قول هولاء الجماعة لوجود معيارها فيها كما هو واضح لانه قد اطلق لفظ اللقطة على الجارية في صحيح علي بن جعفر في كلامه (قوله) ﴿ الاول الملقوط اما انسان او حيوان او غيرهما ويسمى الاول لقيطا وملقوطا ومنبوذا ﴾ كما في الشرائع وكذا التذكرة والتحرير والدروس وغيرها فجعلوا الاقسام ثلثة باعتبار اختلاف احكامها فان لكل واحد من هذه الاقسام الثلثة حكما يخصه واللقيط فعيل بمعنى مفعول فهما بمعنى والمنبوذ المطروح فانهُ ينبذ اولا ثم يلقط فرجعت الاسماء الثلثة الى امرين باعتبار حالتيه (قوله) ﴿ وهو كل صبي ضائع لا كافل له ﴾ كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والدروس مع زيادة الصبية والمجنون في الاخير واشترط في الارشاد صغره ونحوه مايفهم من الوسيلة والغنية وفي الحواشي كل صبي طرحه اهله عجزا عن الصلة او خوفا من التهمة وفي اللمعة والروضة والمسالك والكفاية وكذا جامع المقاصد انه انسان ضائع لا كافل له وكلام اهل اللغة يوافق مافي الشرائع وما وافقها قال في النهاية اللقيط الطفل الذي يوخذ مرميا وفي القاموس انه المولود الذي ينبذ وفي المصباح المنير انه غلب على المولود المنبوذ نعم في الصحاح انه المنبوذ فتامل (ثم) ان حكم الالتقاط وهو الاخذ والتصرف في اللقيط وحفظه على خلاف الاصل ولا سيما على القول بوجوبه فيقتصر فيه على القدر المتيقن من النص والفتوى وهو ما اطلق عليه اسم اللقيط حقيقة عرفا وهو الصبي الشامل للصبية تغليبا شائعا دون مطلق الانسان الشامل له ولمن في حكمه كالمجنون وان لم يستقل بدفع المهلكات عن نفسه لان احكام اللقيط انما ترتب على الاسم لان الموجود في الاخبار اللقيط واللقيطة دون الحاجة ودفع الضرر لاندفاعهما بارجاع الامر الى الحاكم فليكن الشان فيه كالشان في البالغ العاقل فقد اتفقوا على امتناع التقاطه وقالوا انه لو خاف عليه التلف وجب انقاذه كما يجب انقاذ الغريق ونحوه وهذا يقضي بان المدار على الاسم دون وجوب دفع الضرر كما ستسمع في بيان التعريف فالحاق المجنون مطلقا بالصبي كما هو خيرة الشهيدين والمحقق الثاني والخراساني وظاهر الكتاب والارشاد حيث قال فيهما ولا يلتقط البالغ العاقل اذ قضيته انه يلتقط غير العاقل غير متجه وبذلك ظهر ان لاوجه لقوله في المسالك لا وجه للتقييد بالصبي (ثم) انه ينبغي ان يزيد في الدروس المجنونة لكن هذا يقضي بخروج المميز وكأن المشهور دخوله لانه خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر اللمعة وكذا الوسيلة والغنية وتردد فيه في الكفاية وكأن عبارة الارشاد غير ملتئمة لانه اولا جعل الصغر شرطا وفرّع عليه عدم صحة اخذ البالغ العاقل فيفهم منه انه يجب التقاط غير البالغ ثم قال و يجوز اخذ المملوك الصغير دون المميز فيفهم منه ان المميز ليس بلقيط في المملوك ونحوه مافي الكتاب والتذكرة كما ياتي لكن المحقق الثاني والشهيد الثاني استثنيا المراهق تبعا للمبسوط واليه مال في الدروس لانه مستغن عن الحاجة الى التعهد والتربية فكان كالبالغ في حفظ نفسه (وقد يقال) ان الشهرة غير متحققة لاضطراب كلمتهم في التعريف والشرائط والتعليل فيه كما عرفت وستعرف هذا المحقق في الشرائع تردد اولا ثم جعل جواز التقاطه اشبه لصغره وعجزه عن دفع ضرورته ونحوه مافي التذكره والتحرير (وانت خبير) بان الاشبه بالاصول عدم صحة

وان كان مميزاً فان كان له من يجبر عَلَى نفقته اجبر عَلَى اخذه «متن»

التقاطه لانك قد عرفت ان اخذه والتصرف فيه مخالف للأصل خصوصاً عَلَى القول بوجوبه وان المدار عَلَى الاسم لا عَلَى الحاجة وان المميز لا يسمى لقيطا عرفا بل يكفي الشك وان التعليل المذكور لا يقتضي بكونه لقيطا لان ذلك يندفع بارجاع امره الي الحاكم فهو من باب الولاية العامة كحفظ المجانين والغياب وسائر المصالح فينصب له من يباشر ذلك و يصرف عليه من بيت المال ان لم يكن له مال فالطفل ان لم يكن مميزا اصلا فجواز التقاطه او وجوبه اجماعي كما صرح به جماعة وفي الشرائع انه لا ريب في تعلق الحكم بالتقاطه وان كان مميزا في الجملة ولكن مع ذلك ما وصل تمييزه الى حفظ نفسه عن الهلاك بان يقع في بئر او نار او نحو ذلك فالظاهر انه مثل غير المميز بل يكاد ان لا يسمى مميزا واما اذا تعدى عن هذه المرتبة ولكنه انما يحتاج الى التربية كطبخ طبيخه وغسل ثيابه وهذا هو المفروض في كلامهم. فالظاهر كما هو خيرة مولانا المقدس الاردبيلي وشيخنا صاحب الرياض انه لا يجب التقاطه بل ليس ذلك محلا له بل امره الى الحاكم هذا وقد قيل في التذكرة والمسالك في بيان حال التعريف انه احترز بالصبي عن البالغ فانه مستغن عن الحضانة والتعهد فلا معنى لالتقاطه نعم لو وقع في معرض هلاك وجب تخليصه كفاية (قلت) هذا يشهد عَلَى ماذكرناه آنفا قال في المسالك واحترز بالضائع عن غير المنبوذ وان لم يكن له كافل فانه لا يصدق عليه اسم اللقيط وان كانت كفالته واجبة الا انهُ لا يسمى لقيطا وقريب منه ما في التذكرة وهذا ايضا يؤيد ماذكرناه و بقوله لا كافل له عن الضائع المعروف النسب فان اباه وجده ومن يجب عليه حضانته مختصون بحكمه ولا يلحقه حكم الالتقاط نعم يجب عَلَى من وجده اخذه وتسليمهُ الى من تجب عليه حضانته كفاية من باب الحسبة فالمراد لا كافل له حال الالتقاط و يجوز الاحتراز بقوله لا كافل له عن الصبي الملقوط فانه في يد الملتقط يصدق عليه ان له كافلا ومع ذلك لا يخرج به عن اسم الضائع بالنسبة الى اهله و بعد ذلك كله فالمسئلة في المجنون والمميز لا تخلو عن الاشكال لان الظاهر من تعليلات علماء الخاصة والعامة في عدة مواضع و به صرح بعضهم ان المدار عَلَى الحاجة الى الحضانة والتعهد لعجزه عن دفع ضرره وضرورته وانه المراد من الاخبار (قوله) ﴿وان كان مميزا﴾ قد تقدم الكلام فيه (قوله) ﴿وان كان له من يجبر عَلَى نفقته اجبر عَلَى اخذه﴾ لا يخلو كلامهم في المقام من اضطراب ففي الشرائع والتحرير لو كان له اب او جد او ام اجبر الموجود منهم عَلَى اخذه وزاد في الشرائع ما لو سبق اليه ملتقط ثم نبذه فاخذه الاخر فانه يلزم الاول وفي الارشاد واللمعة انه يجبر الاب والجد والملتقط وترك الام فيهما وزاد الوصي في اللمعة وفي الدروس والروضة انه يجبر الاب وان علا والام وان تصاعدت والملتقط السابق وزاد في الروضة ايضا الوصي وفي المسالك والكفاية ان الذي يجبر هو من تجب عليه حضانته وفي التذكرة ان غير المنبوذ يحفظه ابوه او جده لابيه او الوصي لاحدهما والا نصب له القاضي من يراعيه و يحفظه لانه كان له كافل معلوم وهو ابوه او جده او وصيهما فاذا فقد قام القاضي مقامه كما يقوم بحفظ مال الغائبين والمفقودين ثم قال نريد بمن لا كافل له من لا اب له ولا جد للاب ومن يقوم مقامهما فمن هو في حضانة احد هؤلاء لا معنى لالتقاطه فاختلاف كلامهم واضطرابه ظاهر كما ترى فتأمل والمفهوم من كلامهم ايضاً ان المنبوذ هو الذي طرح ونبذ وليس لاحد يد عليه مع كونه في موضع يظن فيه هلاكه وان غير المنبوذ هو الذي له من يكفله قريبا كان ام بعيدا ملتقطا او غيره لانه ليس بضائع ولا في مهلكة فالحافظ له ليس منحصرا فيما ذكروه ولا في الولي كما هو ظاهر التذكرة والارشاد واللمعة وقد يظهر ذلك من المبسوط حيث قال ان التربية والحضانة ولاية وكذلك الانفاق وذلك لا يكون الا للوالد او الجد او الوصي او امين الحاكم انتهى وارادة ذلك بعيدة جدا وليس منحصرا فيمن تجب عليه الحضانة لانا الى الآن لم نعلمه لان الظاهر انه انما يجبر عليها الابوان فصاعدا عَلَى ان جماعة منهم تركوا ذكر

ولو تعاقب الالتقاط اجبر الاول والتقاطه واجب عَلَى الكفاية ولا يجب الاشهاد ولا يلتقط البالغ ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق فان تساويا ففي تقديم البلدي عَلَى القروي والقروي عَلَى البدوي والموسر عَلَى المعسر وظاهر العدالة عَلَى المستور نظر «متن»

الام هنا والقول باختصاص الوجوب بذي الحق محل نظر للاصل وليس في الاخبار مايدل عَلَى غير ثبوت اصل الاستحقاق فله اسقاط حقه كما صرح به جماعة نعم ان استلزم تركها تضييع الولد وجبت كفاية كغيره من المضطرين ولم يرده من قال هنا ان الذي يجبر عَلَى اخذه من تجب عليه حضانته (قوله) ﴿ولو تعاقب الالتقاط اجبر الاول﴾ قد عرفت المصرح به ووجهه ان الحكم تعلق به فيستصحب فلا يجوز له نبذه بعد ذلك ورده الى المكان الذي التقطه فيه بلا شك كما في التذكرة فلو فعل لم يسقط عنه الحكم فان عجز عن حفظه سلمه الى القاضي فان تبرم به مع القدرة فقد قرب في التذكرة انه يسلمه ايضا الى القاضي وهو مبني عَلَى ان الشروع في فروض الكفاية لايوجب اتمامها وهو خلاف التحقيق لان فروض الكفاية تختلف في ذلك فبعضها يجب اتمامها و بعضها لايجب وايضا فالظاهر انه بعد اخذه لم يكن من الشروع في الواجب الكفائي كما يأتي بيان ذلك كله والذي اختاره ولده والكركي انه ليس له ان يسلمه كما يأتي عند تعرض المصنف له (قوله) ﴿والتقاطه واجب عَلَى الكفاية﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد وفي المسالك والكفاية انه مذهب الاكثر وفي المسالك ايضا انه مذهب المعظم وفي غاية المرام انه المشهور وفي التنقيح ان عليه الفتوى (قلت) المصرح به خمسة وفي الشرائع والنافع انه مستحب وقد رماه الشهيدان بالضعف وفي اللمعة التفصيل بالوجوب مع الخوف والاستحباب مع عدمه وهو ظاهر الدروس وفي المسالك والروضة والكفاية انه متجه وقد ناقش فيه اي التفصيل في مجمع البرهان قال في وجود صورة الاستحباب تامل اذ الطفل في محل التلف مع عدم الكفيل (وفيه نظر) واضح لانه قد يكون بمن يمكنه الوصول الى محل الحفظ بنفسه مع مشقة وعسر (ووجه الوجوب) ان فيه صيانة النفس عن التلف وفي تركه اتلاف لها فكان كاطعام المضطر وانجائه من الغرق وليس عليه فيه ذهاب مال (ووجه الاستحباب) الاصل ولامعارض له الا الامر بالاعانة عَلَى البر وهو الاستحباب لاستلزام وجوبه الاعانة عَلَى كثير من وجوه البر مما تشهد الضرورة بعدم وجوبها فيه والتخصيص يوجب كون الخارج اكثر من الداخل وقد برهن في محله انه يشترط بقاء مايقرب من مدلول العام وقد عرفت المعارض له والتفصيل هو الاشبه وفي التذكرة الاجماع عَلَى عدم وجوبه عَلَى الاعيان (قوله) ﴿ولا يجب الاشهاد﴾ عندنا كما في جامع المقاصد وهو مذهب الاصحاب كما في الكفاية للاصل ولا ترجيح في المبسوط وفي الدروس وجامع المقاصد انه مستحب لانه اقرب الى حفظ نسبه وحريته فان اللقطة يشيع امرها بالتعريف ولا تعريف في اللقيط (قوله) ﴿ولا يلتقط البالغ العاقل﴾ كما هو قضية تعريف اللقيط وشرائطه كما تقدم وبه صرح في الدروس وجامع المقاصد لانه يمتنع بنفسه كالدابة الممتنعة كذلك ولامتناع ثبوت الولاية عليه نعم قالوا لو خيف عليه التلف في مهلكة وجب انقاذه كما يجب انقاذ الغريق ونحوه (قوله) ﴿ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط لان الملتقط هو السابق الى اخذه وفي الاول والاخير انه لايثبت السبق بالوقوف عَلَى راسه من غير اخذ وهو كذلك وفيهما انه لو كان الازدحام قبل اخذه وقال كل واحد منهما انا اخذه واحضنه جعله الحاكم في يد من يراه منهما او من غيرهما اذ لاحق لهما قبل الاخذ وسيأتي ان شاء الله تعالى ما اذا تناولاه تناولا واحدا دفعة واحدة وكانا اهلا للالتقاط معا (قوله) ﴿فان تساويا ففي تقديم البلدي عَلَى القروي والقروي عَلَى البدوي والموسر عَلَى المعسر وظاهر العدالة عَلَى المستور نظر﴾ ونحوه مافي الايضاح والدروس والحواشي من التامل وعدم

فان تساو يا اقرع او شركا في الحضانة « متن »

الترجيح في الحكم وفي الايضاح ان الاولى القرعة وحكم في التذكرة بالترجيح لهذه الصفات قال ان تساو يا في الصفات فان ترجح احد الملتقطين بوصف يوجب تخصصه به دون الاخر وكانا معا ممن يثبت لها جواز الالتقاط اقر في يده وانتزع من يد الاخر والصفات المرجحة اربع وجزم بالترجيح بما ذكر هنا وزاد تقديم الحر عَلَى العبد والمكاتب وان كان التقاطه باذن سيده لانه في نفسه ناقص وليست يد المكاتب يد السيد ووافقه في جامع المقاصد في تقديم المعلوم العدالة عَلَى المستور قال لان الاحوط اشتراط العدالة فيكون الترجيح بهذا الاعتبار قال وهذا بناء عَلَى القول بعدم اشتراط العدالة في الملتقط اما عَلَى الاشتراط كما يراه المصنف فلا وجه للنظر في هذا القسم وقال واما الباقون فالاصح عدم ترجيح احدهم عَلَى مقابله لان كلا منهم اهل للالتقاط وتأثير واحد من الاوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم والاصل عدمه وفي الشرائع انه لا يرجح المؤسر عَلَى المعسر ولا الحاضر عَلَى المسافر ولا المسلم عَلَى الكافر اذا كان الملقوط كافرا وفي المسالك انه الاظهر وفصل في المبسوط فقدم الامين عَلَى الفاسق وحكي عن قوم انهما ان تساو يا في الامانة يقدم الايسر فان تساو يا في اليسار اقرع ولم يرجح هو وقدم القروي عَلَى البدوي ان وجداه في قرية او حضر قال وان وجداه في البادية وكان البدوي ممن له حلة مرتبة فانه يقرع بينهما وان كان متنقلا فوجهان ولم يرجح (ونحن نقول) ليس في اخبار الباب الا ان اللقيط لا يباع ولا يشترى وليس فيها تعرض لما ذكروه في هذا الفصل من تقديم السابق ولا تقديم غيره بل ليس فيها تعرض لوجوب التقاطه ولا لاستحبابه وانما اخذوا ذلك من ضوابط وقواعد اخر وقالوا انما شرع الالتقاط لحفظ الطفل والعقل والاعتبار ومذاق الشريعة تقضي بان كل من كان احفظ لنسبه وحريته واقرب الى وصول قريبه اليه واشد صيانة له واقوم باوده وآنس له فانه اولى به ولا ريب في حصول الترجيح بهذه الصفات فان البلدي احفظ لنسبه وحريته واقرب الى وصوله الى قريبه واخذه بمحاسن الشرع وكرم الاخلاق ثم القروي والغني اقوم باوده وحسن تربيته والفقير اشغل مايكون عنه بفقره واشتغاله بكسبه لعياله والعدل محل الامانة وهو امانة ولا بد من الترجيح للاتفاق عَلَى عدم انتزاعه منهما لاستلزامه لاسقاط حق لزمهما ولزم لهما والتشريك في الحضانة حرج عليهما وعليه مع مفاسد اخر والتناوب عليه قاطع لانسه مغير لاخلاقه موزع عليه شؤنه فلا اشكال في الترجيح حتى يحتاج الى القرعة او القول بان الاصل عدمه فالقول بالترجيح بهذه الصفات وامثالها هو الراجح فيقدم المسلم عَلَى الكافر في اللقيط المحكوم بكفره لانه يسدي اليه سعادة الدارين وينجو من الجزية والصغار ويتخلص من عذاب النار بل لا ريب في انه اولى من الترجيح باليسار وقد ذكروا في المصير الى القرعة فيما ياتي توجيهات دون هذه المرجحات كما ستسمع قريباً نعم لا تقدم المرئة عَلَى الرجل في الصبي وان قدمت الام عَلَى الاب في الحضانة فانما ذلك لمكان زيادة الرقة والشفقة والظاهر تقديم الانثى في الانثى عَلَى الرجل (قوله) ﴿ فان تساو يا اقرع ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان لما تقدم من ان اجتماعهما عَلَى الحضانة يوجب الاضرار بهما وبالطفل بتوزيع اموره ولا يمكن ان يكون عندهما في حالة واحدة وفي تناوبهما مع ذلك ومهاياتهما قطع الالفة لتبدل الايدي واختلاف الاغذية والاخلاق ولا ريب انه لا يمكن ان ينتزع من ايديهما ولا ترجيح لاحدهما لتساويهما فيقرع بينهما فمن خرج اسمه كان هو المستحق قال الله عز وجل وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وهو معنى القرعة والمراد بتساوي الملتقطين انتفاء المرجح اما باستوائهما في الصفات او عَلَى القول بان شيئاً من الصفات السابقة لا يرجح به (قوله) ﴿ او يشتركان في الحضانة ﴾ هذا خيرة التحرير حيث قال الزما معا واحتمل القرعة وفي الشرائع ربما انقدح الاشتراك

ولو ترك احدهما للآخر صح سواء كانا موسرين او احدهما حاضرين او احدهما او كان احدهما كافرا مع كفر اللقيط ولا يحكم لاحدهما بوصف العلائم ولو تداعيا بنوته ولا بينة اقرع ولا ترجيح بالالتقاط اذ اليد لا تؤثر في النسب « متن »

وفي الدروس ان التشريك بينهما في الحضانة بعيد وفي التذكرة ان الاجتماع على الحضانة متعسر او متعذر اجتماعا او مهاياة (وقد يقال) يرجع الى نظر الحاكم فمن رآه احسن قياماً باوده جعله في يده (وفيه) انه قد يستوي الشخصان في اجتهاده ولا سبيل الى التوقف فلا بد من الرجوع الى القرعة وليس لك ان تقول انه يتخير فتدبر (وقد يقال) يرجع الى اختيار الصبي اذا كان مميزا هذا والشهيد فهم من العبارة ان الترديد على طريق التخيير وقال ان القرعة اولى ثم قال ان بعضهم فهم ان قولهم ويشترك احتمالان وفي جامع المقاصد كأن الشارحين فهما انه على طريق التخيير فلم يتعرضا لشرحه (قلت) قد سمعت كلام الجماعة وانه نص او ظاهر في انهما احتمالان (قوله) ﴿ ولو ترك احدهما للاخر صح سواء كانا موسرين او احدهما حاضرين او احدهما او كان احدهما كافرا مع كفر اللقيط ﴾ قد صرح في المبسوط والشرائع والتحرير واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والتذكرة والحواشي وجامع المقاصد انه يجوز لاحد الملتقطين دفعة ترك اللقيط للاخر وفي الثلاثة الاخيرة ان ذلك قبل القرعة لا بعدها كما ستسمع قال في المبسوط لانهما ملكا الحضانة بالالتقاط فاذا اسقط احدهما حقه صار الكل للاخر كالشفيعين ولا يحتاج الى اذن الحاكم الا ترى انه لو اقرع بينهما لما احتيج الى اذن الحاكم وقال في التذكرة لو خرجت القرعة لاحدهما ليس له تركه والاخلاد الى الاخر لان الحق تعين فصار كالمنفرد فتأمل وقضية كلام المصنف انه يجوز ترك المؤسر للمعسر والحاضر للمسافر والمسلم للكافر مع كفر اللقيط كما هو قضية كلام المبسوط والشرائع والمسالك وهو محتمل التحرير في الاخير وكذا الارشاد فيه في مقام اخر وفي الجميع نظر (اما الاولان) فلانه قد تردد اولا في ترجيح المؤسر على المعسر والحاضر على غيره فعلى احتمال الترجيح كيف يصح ترك الموسر للمعسر والحاضر لغيره نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك مضافا الى ما تقدم لنا (واما الثاني) فلما تقدم ايضا من انه اي المسلم يسوق له في تربيته سعادة الدارين مضافا الى ان كل مولود يولد على الفطرة فلا بد من ترجيحه كما في جامع المقاصد وكذا مجمع البرهان وقد نفى عنه البأس في التذكرة بعد حكايته عن بعض الشافعية (قوله) ﴿ ولا يحكم لاحدهما بوصف العلائم ﴾ اي لا يحكم لاحد المتنازعين في الالتقاط بوصف علائم الصبي كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك كالخال في رأسه ونحوه لانه لا اثر لذلك في اثبات الولاية ونفيها كما لا اثر له في اثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان بنوته ووصف احدهما العلائم وخالف في النسب ابو حنيفة واحتمل في التحرير الحكم به اي وصف العلائم كاللقطة (قوله) ﴿ ولو تداعيا بنوته ولا بينة اقرع ولا ترجيح بالالتقاط اذ اليد لا تؤثر في النسب ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان قال في المبسوط لا تأثير لليد هنا لانها انما يكون لها تأثير فيما يملك والنسب ليس كذلك ومعناه ان اليد لا تثبت على الانساب وانما تثبت على الاملاك فيحصل الملك باليد كالاصطياد ونحوه فلا بد من القرعة وعند جماعة من العامة انه يعرض على القافة لكن المصنف في باب القضاء قال فلو تداعيا صبياً وهو في يد احدهما لحق بصاحب اليد خاصة على اشكال فقد استشكل في ان اليد هل ترجح النسب كما ترجح الملك وقيده ولده وكاشف اللثام بما اذا لم يعلم ان اليد يد التقاط قال كاشف اللثام واما يد الالتقاط فلا ترجحه قطعاً وظاهره الاجماع هذا وقد قال في الدروس فيما اذا لم يعلم كونه لقيطاً ولا صرح ببنوته فادعاه غيره فنازعه فان قال هو لقيط وهو ابني فهما سواء وان قال هو ابني واقتصر ولم يكن هناك بينة على انه

وكذا لو اقاما بينة و يحكم للمختص بها وفي ترجيح دعوى المسلم او الحر على دعوى الكافر او العبد نظر « متن »

الملتقط ان الاقرب ترجيح دعواه عملاً بظاهر اليد وفرض المسئلة في الكتاب فيما اذا وجد لقيطاً وبقي في يده اياماً ولم يدع انه ابنه فجاء آخر وادعى انه ابنه ثم ادعى الملتقط انه ابنه فان ادعى في حال لم يكن هناك منازع فقد ثبت دعواه ولا تسمع دعوى الاجنبي الا ببينة كما في المبسوط وغيره وتتصور دعوى بنوته مع اعترافه بكونه لقيطاً بان يكون قد سقط منه او نبذه ثم عاد الى اخذه ثم عد الى العبارة قال في جامع المقاصد لو قال لو تداعى اثنان بنوته لكان اولى لانه حينئذ لا يكون الحكم مقصوراً على الملتقطين (قلت) من المعلوم انه لم يرد الملتقطين حتى يتوهم قصر الحكم لقوله لا ترجيح بالالتقاط ولافادته قصر الحكم الذي هو بديهي البطلان ثم انه لو قال لو تداعى اثنان فالاولى ان يقول احدهما الملتقط كما في الشرائع كما لا يخفى (قوله) ﴿ وكذا لو اقاما بينة ﴾ اي يقرع بينهما لو اقام كل منهما بينة ببنوته وتعارضتا كما صرح به في الكتب المتقدمة عدى الارشاد ومجمع البرهان ولا يرجع الى القافة (قوله) ﴿ ويحكم للمختص بها ﴾ كما صرح به في اكثر الكتب المتقدمة ووجهه ظاهر (قوله) ﴿ وفي ترجيح دعوى المسلم او الحر على دعوى الكافر او العبد نظر ﴾ كما في التحرير والارشاد وتردد كما في الشرائع وكذا اللمعة من عموم الادلة الدالة على جواز ادعاء النسب لكل منهم ومن قوة جانب المسلم والحر اذ الاصل في اللقيط الاسلام والحرية كذا في جامع المقاصد ولعله يريد عمومات الاقرار بالنسب وقوى الشيخ في المبسوط ترجيحهما وكذا فخر الاسلام والشهيدان في الايضاح والدروس والروضة الا اذا كان اللقيط محكوماً بكفره او رقه ففي الدروس انه يتجه التوقف او ترجيح الكافر او الرق وفي الروضة انه يشكل الترجيح واحد الامرين قضية كلام الفخر والذي قال به او مال اليه المقدس الاردبيلي ترجيح المسلم والحر مطلقاً وقال ابو علي انه يرجح الحر على العبد فان قامت البينة بانه ولد العبد الحقنا به نسبه واقررناه على الحرية الا ان تقوم البينة انه ولد من امة وجزم في الخلاف والتذكرة بعدم ترجيحهما اي المسلم والحر والمصير الى القرعة وفي جامع المقاصد انه الظاهر سواء كان الالتقاط في دار الاسلام او الكفر وفي المسالك انه الاظهر وفي المختلف انه المشهور فليتأمل في هذه الشهرة وهو ادرى ولعله اتى بها من قولهم في باب القضاء انه اذا وطئها اثنان وطئاً مباحاً لشبهة ثم اتت بولد فانه يقرع بينهما سواء كانا مسلمين او احدهما او كافرين او احدهما وحرين كانا او عبدين او احدهما وقد ادعى كاشف اللثام على ذلك الاجماع خلافاً للقطة المبسوط و به صحيح الحلبي بناء على ان المسئلتين من سنخ واحد (وكيف كان) لا ينبغي التامل والتردد اذا حكم باسلامه وحريته لمن اشترط في الملتقط الاسلام والعدالة اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه كالمصنف في الكتاب وغيره وغيره كما يأتي والولد المتنازع في بنوته اذا لم تكن الدار دار كفر ليس فيها مسلم يمكن حصوله منه محكوم باسلامه وحريته فلا اقل من ان تكون البنوة كالحضانة والولاية في اللقيط لان حفظ الاسلام الظاهري مطلوب عقلاً وشرعاً فيغلب جانبه وكذلك الحرية فان الحر اقوى على الحفظ لمكان الاستيثار وابعد عن العار والكافر قد يفتنه عن الاسلام ويجعله كافراً مستحقاً للنار والجزية والصغار فينبغي حفظه عن ذلك بل يجب وان كان الولد محكوماً بكفره وكذلك الحال في الرقية فكونهما سببين في الترجيح امر واضح (وعساك تقول) انا نقرع بينهما فاذا خرجت القرعة بانه ولد الكافر يحكم ببنوته له واسلامه لانه اقر بماله وعليه فلا يقبل فيما له وهو الاسلام ويقبل فيما عليه وهو النسب كما قاله الشيخ في المبسوط والمصنف وغيرهما كما يأتي فيما اذا ادعى الذمي نسب اللقيط ولا بينة معه وكما سمعته عن ابي علي في دعوى العبد (لانا نقول) ان خوف الفتنة باق ولداعنها مندوحة بترجيح المسلم الا ان تقول انه يفرق بينه وبينه كما يأتي مثله وكذلك خوف العار في العبد وعدم التمكن من التربية على ان الحكم باسلامه

ولو انفردت دعوى البنوة حكم بها من غير بينة حرا كان المدعي للنبوة او عبدا مسلما او كافراً ولا يحكم برقه ولا كفره اذا وجد في دارنا الا مع بينة البنوة « متن »

هنا وحريته وكفر احد ابويه او رقيته مما لا يجتمعان بحسب الاصول والضوابط لان الحكم باسلامه يقضي بالحكم باسلامها لان الاصل عدم جلب الكافر والرق لبلاد الاسلام لانهما مجلوبان واذا حكم باسلامها لم يحكم بكفر احدهما والا لزم المنافاة قال في الايضاح اذا التقط في دار الاسلام يقدم المسلم والحر لانا حكمنا باسلامه وبحريته وذلك مستلزم للحكم باسلام احد ابويه وبحريته لان تبعية الدار انما هي بواسطة تبعية النسب لان المولود من كافرين لا يتبع الدار في الاسلام بل انما يتبع الدار مجهول النسب فلا بد وان يحكم باسلام احد ابويه لكن نسبة الام والاب في هذا الحكم واحدة فيحكم باسلامها والا لزم الترجيح بلا مرجح ولانا نحكم بوجودها في دار الإسلام وتولده فيها وبحريتهما لان الكافر والرق مجلوبان اليها والاصل عدم الجلب واذا حكم الشارع باسلام ابويه لم يحكم بكفر احدها فلا يلحقه بالكافر لمنافاة الحكم بالاسلام وكذا في الرق ولان المسلم يركن اليه في النسب ولهذا تقبل دعواه مع عدم المعارض من غير بينة والكافر لا يركن اليه في شيء لقوله تعالى (ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار) نهى عن ادخال ماهية الركون في الوجود فيعم اي النهي ولانه علق امساس النار بمجرد الركون مطلقاً ولما كان المحكوم بابوته مركوناً اليه ترجح المسلم على الكافر انتهى وفي بعض ما ذكره تأمل كما ستسمع (قوله) ﴿ ولو انفردت دعوى البنوة حكم بها من غير بينة حراً كان المدعي اوعبداً مسلماً او كافراً ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك وكذا الدروس والايضاح وجامع المقاصد والمراد كما صرحوا به اذا كان المدعي ابا وفي الاخيرين الاجماع عليه بل في الاخير الاجماع عليه في باب الاقرار ايضاً ولم نقف فيه على خلاف ولا تامل الا من المقدس الاردبيلي بل قد يظهر من التذكرة الاجماع ايضاً قال في المبسوط في توجيه ذلك لانه اقر بمجهول النسب وامكن ان يكون منه ومن كان كذلك قبل اقراره لان اقراره لا يضر بغيره ولا يخالف الظاهر فيحكم له به ويستحب ان يذكر النسب فيقول هذا ابني على فراشي لانه ربما يعتقد هذا الملتقط انه بالالتقاط يصير ابنه وان لم يذكر جاز ويثبت النسب ويرث ويورث انتهى ونحوه ما في التذكرة وغيرها قال في التذكرة كل صبي مجهول النسب سواء كان لقيطاً او لا اذا ادعى بنوته حر مسلم لحق به لانه اقر بنسب مجهول النسب وليس في اقراره اضرار بغيره لانه اذا اقر بنسب عبد غيره لم يقبل اقراره لانه يضر به الى آخر ما قال في العبد والكافر وفي مجمع البرهان ان الكبرى غير بديهية ولا مبرهناً عليها ولا نعرف دعوى الاجماع الا من جامع المقاصد (قلت) كأنه لم يلحظ الايضاح وقال يمكن ان يكون مع الحرية ضرر على اللقيط كما اذا كان ذا مال والمدعي فقير الحال فياخذ من ماله وينفق على نفسه (قلت) كانهم لم يلتفتوا الى هذا الضرر النادر الوقوع على انهم قد صرحوا بان امر النسب مبني على التغليب ولهذا تسمع بينته بمجرد الامكان بالنسبة الى الولد حتى انه لو قتله ثم ادعى بنوته قبل استلحاقه وحكم بسقوط القصاص هذا وقال بعض العامة لا يلحق بالكافر والعبد لانه محكوم باسلامه وحريته فلا يقبل ممن يقتضي اقراره خلاف ذلك ورد بانه يلحق به في النسب خاصة لا في الدين بل يحكم بحريته واسلامه ولا تثبت لهما عليه حضانة كما ياتي وظاهرهم انه يلزم بنفقته واما العبد فقد صرحوا ان نفقة اللقيط لو ادعاه على بيت المال (قوله) ﴿ ولا يحكم برقه ولا كفره اذا وجد في دارنا الا مع بينة البنوة ﴾ كما في المبسوط والتحرير لان البينة اقوى من تبعية الدار وفي الشرائع ان الاولى ان لا يحكم بكفره وان اقام الكافر البينة ولا ترجيح في التذكرة وفي الدروس في ثبوت كفره بذلك اي البينة وانفراد دعواه اوجه ثالثها قول المبسوط ولم نجد الوجه الآخر مصرحاً به في غير المسالك حيث احتمل تبعيته للكافر في الكفر تبعاً للنسب لتلازمها نعم هو احتمال او قول للشافعي وفي مجمع البرهان في الالحاق

والاقرب افتقار الام الى البينة او التصديق بعد بلوغه ولو كان اللقيط مملوكا وجب ايصاله الى مالكه « متن »

بالكافر مع عدم القول بالكفر اشكال وفصّل في جامع المقاصد فقال القائل بثبوت كفره مع البينة ان اراد انه اذا علمت امومة الكافر له بالبينة ايضاً وكذا علم كفر اجداده كذلك يكون كافراً لضعف الاسلام بتبعية الدار فهو صحيح لا مرية فيه (قلت) قد يكون وطئها المسلم بشبهة او متعة قبل ان يتزوجها الكافر بساعة فكيف لا يكون فيه شبهة وستسمع قولهم في لقيط دار الكفر اذا احتمل ان يكون من مسلم قال وان كان مراده ثبوت كفره وان لم يثبت ذلك يعني كفر امه واجداده فلا ينتفي ما ثبت بمجرد الاحتمال يعني انه قد ثبت اسلامه بتبعية الدار وثبوت بنوته للكافر لا تنافي اسلامه لامكان اسلام امه او احد اجداده (قلت) القائل بذلك يقول قد ثبت بالبينة انه ولد كافر فهي حجة اقوى من التبعية فلا ينتفي ما ثبت بالحجة بمجرد احتمال اسلام امه او احد اجداده اذ هذا ونحوه معنى تبعية الدار فتامل قال وكذلك القول في الرقية اذا ادعاه رقيق واقام بذلك بينة اما لو لم يقم بواحد من الامرين بينة فهو عَلَى اسلامه وحريته وان اثبتنا النسب عَلَى اصح القولين لان الالحاق بمجرد قول الاب لا يجب قبوله في حق الولد فيما يكون ضرراً له انتهى فتامل (قوله) ﴿ والاقرب افتقار الام الى البينة او التصديق بعد بلوغه ﴾ افتقارها الى البينة بمعنى انه لا يلحق بها ولا تسمع دعواها الا بالبينة خيرة الشرائع عَلَى تامل له فيه والتذكرة والتحرير والمختلف والمسالك واقرار الروضة وموضعين من الايضاح وجامع المقاصد وفي اقرار الكتاب ان فيه نظراً وفي المبسوط والخلاف يقبل دعواها كالاب وهو خيرة مجمع البرهان وقضية اطلاق اقرار السرائر والشرائع والنافع والتذكرة والارشاد والتحرير واللمعة وغيرها بل ظاهر الخلاف الاجماع عَلَى ذلك ومعناه انه يلحق بها وباقرار بها كما اذا اقر به الاب ولا يلحق بزوجها كما اذا اقر الزوج به فانه لا يلحق بها كما في المبسوط وغيره وقد استدل عَلَى الحكم في الخلاف بعموم اقرار العقلاء (قلت) قد يستدل عليه بالصحيحين عن المرأة تسبى من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول هو ابني والرجل يسبى فيلقى اخاه فيقول اخي ويتعارفان وليس لهما عَلَى ذلك بينة الا اقرارها فقال ما يقول من قبلكم قلت لا يورثونهم لانهم لم يكن لهم عَلَى ذلك بينة انما كانت ولادة في الشرك فقال سبحان الله اذا جاءت بابنها او بنتها ولم تزل مقرة واذا عرف اخاه وكان ذلك في صحة من عقلهما ولم يزالا مقرين ورث بعضهم من بعض ولعل المحقق في الشرائع ومن وافقه هنا يعملان بهما في موردها وهو ما اذا كانا اي الام والاخ مسبيين لا مطلقاً كما يستفاد من قوله عليه السلام سبحان الله الذى هو في حكم العلة المنصوصة لانه لا يذهب الى حجتيها الا اذا كان برهانا نظراً الى ان النصوص الاخر مختصة بالرجل فلا تتناول المرأة ولا يسلمون اتحاد طريقهما لامكان اقامتها البينة عَلَى الولادة دونه كما لو علق الظهار عَلَى ولادتها او دخول الدار فانه لا يقبل قولها فيهما بدون البينة ولا كذلك الحيض ولان ثبوت نسب غير المعلوم عَلَى خلاف الاصل فيقتصر عَلَى القدر المتيقن من النص والفتوى (قلت) الاخبار المصرح فيها بالرجل خبران احدهما قوي والآخر مرسل عَلَى ان الرجل في المرسل وقع في السؤال نعم في القوي اذا اقر الرجل بالولد ساعة لم ينتف عنه ابداً والصحيحان يخرجان عن الاصل مع عمل الشيخ بمضمونهما وغيره واطلاق الفتوى من جماعة كثيرين مع ظهور دعوى الاجماع من الخلاف فكان قول الشيخ قوياً وليس بتلك المكانة من الضعف كما قال في جامع المقاصد وهذا الخلاف بالاضافة الى النسب المطلق واما بالاضافة الى ما يتعلق بالمال والنسب من جهتها فيثبته الاقرار ولعله لا خلاف فيه (قوله) ﴿ ولو كان اللقيط مملوكاً وجب ايصاله الى مالكه او وكيله ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة والروضة ولا فرق بين الذكر والانثى والصغير والكبير كما في الشرائع والتحرير ويمكن العلم برقيته بان يراه يباع في الاسواق مراراً قبل ان يضيع

فان ابق او ضاع من غير تفريط فلا ضمان و يصدق في عدم التفريط مع اليمين و يبيعه في النفقة بالاذن مع تعذر استيفائها فان اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول « متن »

ولا يعلم مالكه لا بالقرائن من اللون وغيره لاصالة الحرية (قوله) ﴿ فان ابق او ضاع من غير تفريط فلا ضمان ﴾ كما صرح به في الكتب المتقدمة والنهاية للاذن في قبضه شرعاً فيكون امانة (قوله) ﴿ و يصدق في عدم التفريط مع اليمين ﴾ لانه امين و به صرح في الشرائع والتحرير و يصدق في القيمة مع التفريط كما في الاخير (قوله) ﴿ و يبيعه في النفقة بالاذن مع تعذر استيفائها ﴾ كما في الشرائع والارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية من دون تعرض للاذن في الاولين وعبارة التحرير والدروس قابلة للتقييد حيث قالا يبيع ولم يقولا باعه كالاولين وقد يظهر من آخر كلام الدروس ان الحاكم هو الذي يبيعه واما البقية عدى مجمع البرهان فقد اشترط فيها الاذن في النفقة والبيع معاً ولم يشترطه في واحد منهما في مجمع البرهان ومرادهم انه اذا انفق الملتقط عَلَى اللقيط بنية الرجوع مع الاذن او بدونها عَلَى اختلافهم في التقييد الى ان استغرق قيمته وتعذر استيفائها اما لعدم الوصول الى المالك او عدم الظفر بماله او لكونه لا مال له سوى العبد فان للملتقط ان يبيعه في النفقة بالاذن من المالك مع امكانه فان تعذر او لم يأذن فباذن الحاكم عَلَى الاختلاف في القيد ايضاً ولو تعذر اي الحاكم فهو كالدين الذي امتنع من هو عليه من ادائه قال في جامع المقاصد فقول المصنف بالاذن قد تنازعه كل من قوله يبيعه وقوله في النفقة (قلت) الظاهر انه قيد للبيع خاصة كما هو صريح جماعة اذ النفقة عليه لا تحتاج الى الاذن من الحاكم بل يكفي فيها نية الرجوع و يدل عليه اي عَلَى جواز البيع والنفقة بنفسه من دون مراجعة الحاكم او تعذره صحيحة عَلَى بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سألته عن اللقطة اذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها قال لا انما يحل له بيعها بما انفق عليها بل تدل عَلَى جواز بيع الكل بما انفقه وان لم يستغرقه فيكون الزائد لقطة او امانة كما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى وفي المسالك وكذا الكفاية حيث قال قالوا انه لو امكن ان يبيعه تدريجاً وجب مقدماً عَلَى بيعه جملة وحينئذ لا يمكن انفاق الجزء الاخير في النفقة لصيرورته حينئذ ملكاً لغيره بل يحفظ ثمنه للمالك الاول وعَلَى ذلك نبه في جامع المقاصد والصحيحة عامة لان ما موصولة عَلَى ان في الاطلاق في حليه البيع والانفاق بلاغاً ومثلها اطلاق الشرائع والارشاد فتأمل جيداً ولا يخفى ما في قوله في الكفاية قالوا اذ القائل قبله اثنان لا ثالث لهما واحتمل في جامع المقاصد في عبارة الكتاب ان يكون المراد ان الملتقط يبيع العبد للانفاق عليه اذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه قال وحينئذ يجب ان ننزل عَلَى بيعه شيئاً فشيئاً الى ان يستوعبه الى آخر ما قال (قلت) يدفع هذا الاحتمال قوله استيفائها وقوله بعد هذا فان اعترف المولى بعتقه الى آخره فان المراد به بيعه بعد الانفاق وهو ينفي هذا الاحتمال كما سيتضح لك (قوله) ﴿ فان اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد بل في الاخير ان عليه الفتوى ومعناه ان مولاه اعترف بعتقه وقد انفق الملتقط عليه واستحق بيعه في النفقة بشرائطه (فوجه القبول) حينئذ ان اقرار العقلاء عَلَى انفسهم جائز ولم يوجد ما ينافي هذا الاقرار والعتق مبني عَلَى التغليب فانقطع اصل البقاء عَلَى الرقية مضافاً الى ان الاصل في اللقيط الحرية فتأمل في الاخير وان استند اليه في الايضاح (ووجه العدم) ان حق الغير تعلق به وضعف بان حق الغير لم يتعلق به بل بذمة مولاه واستحقاق بيعه انما هو على تقدير رقيته كما تباع سائر اموال المديون لاستيفاء ما عليه ولا حجر عليه في الاقرار وهذا يقضي بان المراد بيعه بعد الانفاق فينتفي الاحتمال السابق آنفاً وفي التحرير لو باعه الحاكم لمصلحة فاعترف السيد بعتقه قبل البيع لم يقبل وفي المبسوط انه يقبل لانه غير متهم اذ يقول لا اريد الثمن ولم يرجح في الدروس وعلى

فيرجع الملتقط عليه بما انفق ان كان العتق بعده قبل البيع ولو كان بالغا او مراهقا فالأقرب المنع من اخذه لانه كالضالة الممتنعة وان كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف وولاية الالتقاط لكلّ حر بالغ عاقل مسلم عدل «متن»

التقديرين ليس لهُ المطالبة بثمنه الا ان ينكر العتق بعد ذلك (قولهُ) ﴿ فيرجع الملتقط عليه بما انفق ان كان العتق بعده قبل البيع ﴾ ضمير عليه راجع الى المولى وضمير بعده راجع الى الانفاق لانه ان كان العتق قبل الانفاق كان الانفاق على حرّ فالرجوع عليه وان كان العتق بعد البيع فلا اثر لهُ لصيرورته ملكا للغير على ان العتق بعد البيع لايتصور ولا يعد عتقا ثم انه لم يعلم من العبارة متى يقبل اعترافه ومتى لم يقبل فلو قال ان كان الاعتراف بعد الانفاق قبل البيع لكان اسدّ (وتوضيح الحال) كما في جامع المقاصد ان احتمال عدم القبول انما يجيء على تقدير كون الاعتراف بعد الانفاق اما قبله فيقبل قطعا وكذا يشترط كونه قبل البيع اذ هو بعده اقرار في حق الغير فلا يقبل بدون البينة وان اسنده الى ما قبل البيع ولو قال بعد الانفاق كنت اعتقتهُ قبل الانفاق فالظاهر عدم القبول لاستلزامه اسقاط النفقة التي قد ثبت تعلقها بذمته واثباتها في ذمة اللقيط فلا بد لهُ من البينة او تصديق الملتقط واللقيط (قوله) ﴿ ولو كان بالغًا او مراهقًا فالاقرب المنع من اخذه لانه كالضالة الممتنعة ﴾ كما في المبسوط والايضاح واللمعة والروضة لما ذكر من العلة وفي التحرير لو كان اللقيط مملوكا وجب حفظه وايصاله الى مالكه صغيراً كان او كبيراً ذكراً كان او انثى ونحوه ما في الشرائع ثم حكى في التحرير عن الشيخ عدم جواز اخذ البالغ والمراهق ولا ترجيح في الدروس وفي جامع المقاصد ان الحق انه ان كان يخوف التلف اخذ والفرق بينه وبين الحر ظاهر فان المملوك لكونه مالا مظنة الطمع (قلت) لانه لا يخرج بالبلوغ عن المالية والحر انما يحفظ من التلف والقصد من لقطته حضانته وحفظه فيختص بالصغير ومن ثم قيل ان المميز لا يجوز التقاطهُ والقصد من التقاط المملوك المخوف التلف ولو بالاباق دفع ضرورة المضطر والمعاونة على البر واقل مراتبه الجواز فينبغي القطع بجواز اخذه كما في الروضة وقالوا في وجه الجواز مطلقًا انه مال ضائع يخشى تلفه فتأمل (قوله) ﴿ وان كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف ﴾ كما في المبسوط فيما حكي وجامع المقاصد وفي المسالك والروضة ان في قول الشيخ قوة (قلت) لانه مال ضائع قد التقطه شرعًا وكل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه سنة ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى وصريح الدروس وظاهر التبصرة واللمعة المنع من ذلك ولا ترجيح في المسالك والكفاية والمفاتيح وقال في التحرير ويجوز اخذ الآبق لمن وجده فان وجد صاحبه دفعه اليه ولو لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه فيحفظه لسيده او يبيعه مع المصلحة وليس للملتقط بيعه ولا يملكه بعد تعريفه لان العبد يحفظ نفسه بنفسه فهو كضوال الابل والسوق والتعليل قاضيان بان ذلك في الكبير بل قضية ذلك جواز تملك الصغير فلا يصح ما في المسالك وفي الروضة والمفاتيح من انه اطلق المنع من تملكه في التحرير محتجًا بان العبد يحتفظ بنفسه وهو لا يتم في الصغير (قلت) ويحتمل جواز تملكه من غير تعريف كسائر الحيوانات في الفلاة التي في معرض التلف على رأي وقد يفصل فيه كما في الصامت فان اخذه من فلاة ملكه من دون تعريف والا عرّفه وملكه ان شاء (قوله) ﴿ وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ﴾ كما في التذكرة والارشاد ولم يذكر في التذكرة في ذلك خلافًا منا ولا من العامة لكن قد اقتصر في النافع على اشتراط التكليف والظاهر انه لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وزيد في المبسوط والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية اشتراط الحرية وفي الاخير انه مما قطع به الاصحاب وفي مجمع البرهان ان الظاهر الاجماع على انه ليس للعبد الالتقاط وفي جامع المقاصد انه لا ريب انه لا عبرة بالتقاطه فينحصر الخلاف في ظاهر النافع ويأتي تمام الكلام في

احوال العبد واحكامه عند تفريع المصنف (واما اشتراط الاسلام) اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه فهو خيرة المبسوط وسائر ما تاخر عنه الا ما ستسمعه وفي مجمع البرهان انه يمكن دعوى الاجماع عليه وفي الرياض انه خيرة اكثر اصحابنا بل عامتهم عدى المحقق في كتابيه فانه تردد (قلت) والتردد ظاهر تلميذه كاشف الرموز حيث لم يرجح وكذا الكفاية وفي تعليق النافع ان الاشتراط قوي وهو قد يلوح منه التأمل وما في كشف الرموز والتنقيح من ان الشيخ في الخلاف لم يشترط الاسلام فخطأ صرف لانه في الخلاف لم يتعرض لذلك ولعل الاشتباه حصل من عدم الفرق بين اللقطة واللقيط ومثله قوله في التنقيح ان الاصحاب اطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييد فان اراد التقاط اللقيط فكل من تقدم عليه ممن تعرض له اشترط الاسلام او تامل فيه كالشيخ والفاضلين والآبي والفخر والشهيد وغيرهم وان اراد التقاط اللقطة فليس مما نحن فيه ومثله بل اعظم منه ما يفهم منه من انسحاب الخلاف فيما اذا كان اللقيط محكوماً بكفره فانه قال بعد نقل القولين والتحقيق انه ان حكم باسلام اللقيط اشترط اسلام الملتقط والا فلا وهو غلط صرف لان الذي صرح به الشيخ والمصنف في التذكرة والتحرير والشهيدان والمقدس الاردبيلي والخراساني وغيرهم ان محل الخلاف وموضوع المسئلة ما اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه وهو المستفاد من كلمات الباقين وتعليلاتهم بل في المهذب البارع انهُ اذا كان محكوماً بكفره فللكافر التقاطه قولاً واحداً وقد نفى عنه الخلاف في كشف الرموز والروضة والمسالك ذكر ذلك في الاخير في بحث اشتراط العدالة ونفى عنه الاشكال في مقام آخر منه ومن الكفاية نعم ذهب المحقق الثاني في تعليق الارشاد الى اشتراط الاسلام وان لم يكن الولد حكم باسلامه وهو نادر مسبوق بالاجماع متاخر عن صاحب التنقيح (حجة المشهور) بعد الاجماع عَلَى الظاهر والآية الكريمة النافية للسبيل ان الاصل عدم ثبوت الولاية وعدم ثبوت احكام الالتقاط الا فيما ثبت بالدليل وليس الا الاجماع ولا اجماع هنا بل الظاهر انعقاده عَلَى العكس وموافقة الاعتبار لانهُ يفتنه عن دينه فابقائه في يده اعانة عَلَى تكفيره وقد ورد النص بالتعليل الاعتباري في تزويج العارفة المؤمنة بالمخالف وهو ان المرأة تاخذ من ادب زوجها وليس للمجوزين او المترددين الا ان الاصل الجواز والاصل عدم الاشتراط مع كون المقصود الاهم من الالتقاط التربية والحضانة وهما يحصلان مع الكفر والاصل الاول معارض بمثله كما عرفت مع انه غير اصيل لعدم الدليل عليه من الاطلاقات اذ ليس في الاخبار الا ان اللقيط لا يشترى ولا يباع وهي لا تتناول ما نحن فيه لعدم تبادره منها اذ هي خطابات للمسلمين وفي بلادهم واما الاصل الثاني فهو فرع وجود عمومات واطلاقات ظاهرة تدل عَلَى الجواز عَلَى الاطلاق وقد عرفت عدم وجود ذلك (وقد يحتج) للمحقق الثاني بان كل مولود يولد عَلَى الفطرة وهو مدفوع بانه لو صح لجرى في منع الكافر عن حضانته لولده وهو كما ترى كالاحتجاج عَلَى رده بقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم اولياء بعض) فانه لا صراحة في الآية الشريفة بذلك لان سوقها يقضي ان الكفار يحب و يود بعضهم بعضاً لا انه وليه الشرعي فتأمل وظاهر اطلاق الاكثر كما سمعت وصريح جماعة كالمصنف فيما ياتي وكذا الشهيد الثاني في كتابيه والمولى الاردبيلي عدم اشتراط الرشد فيصح من السفيه واستقرب في الدروس اشتراطه و به جزم في التذكرة قال لانه ليس بمؤتمن عليه شرعاً وان كان عدلا وفي جامع المقاصد انه لا يخلو من قوة وكأنه مال اليه في الايضاح ولا ترجيح في الكفاية (قلت) ينبغي للقائل باشتراط العدالة وهم جماعة كما سياتي ان يجزم باشتراط الرشد لان التبذير حرام بالنص والاجماع الا ان تقول انه صغيرة ولا اصرار ولعله اليه نظر في التذكرة لكنه في باب السفيه منها اي التذكرة قال الفاسق اذا كان ينفق امواله في المعاصي و يتوصل بها الى الفساد فهو غير رشيد ولا يدفع اليه امواله اجماعاً وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكوة دفع اليه ماله انتهى فتامل بل الظاهر ان المبذر مصر فتامل مضافاً الى ان الشارع لم يأتمنه عَلَى ماله فبالاولى ان يمنعه من الائتمان عَلَى الطفل وماله ولان الالتقاط ائتمان شرعي والشرع لم يأتمنه (وضعف) هذا بان عدم ائتمانه انما هو عَلَى المال لا عَلَى غيره وعَلَى تقدير ان يوجد معه مال يمكن الجمع

فلا يصح التقاط العبد فان اذن المولى صح وانتقل الحكم اليه « متن »

بين القاعدتين الشرعيتين وهما عدم استئمان المبذر على المال وتاهيله لغيره من مطلق التصرفات ومن جملتها الالتقاط والحضانة فيؤخذ المال منه خاصة (وفيه) ان صحة التقاطه تستلزم وجوب انفاقه وهو ممتنع من المبذر وجعل التصرف فيه لاخر يستعقب الضرر على الطفل بتوزيع اموره مضافاً الى عدم عموم يشمل جواز التقاطه فيرجع فيه الى حكم الاصل وهو عدم الجواز وليس للطلقتين الا انه حضانة وليس بمال وانما يحجب له ومطلق كونه مولى عليه غير مانع (وكيف كان) فالمسئلة لا تخلو من شائبة الاشكال ويأتي تمام الكلام (هذا) واطلاق الاكثر يقضي بعدم اشتراط العدالة وقد نسب الى الاكثر في المسالك والروضة وفي كشف الرموز ان الفاسق يجوز له اخذه بلا خلاف عندنا ويترك عنده بغير انضمام يد آخر اليه خلافاً لبعضهم وفي الشرائع ان عدم اشتراطها اشبه وفي الدروس والروضة انه اقوى وفي المسالك انه قوي وفي الكفاية انه اقرب وفي الرياض انه اظهر وفي جامع المقاصد وتعليق الارشاد والروضة ان اعتبارها احوط وحكي ذلك عن الحلي ولم اجده في السرائر وفي الاولين انه ان كان له مال فاعتبارها قوي وفي المسالك انه حينئذ متجه واعتبارها خيرة المبسوط والكتاب فيما يأتي والارشاد وشرحه لولده وتردد في التحرير ولا ترجيح في التنقيح فظاهره التردد وقد نسب فيه عدم الاشتراط الى المبسوط والخلاف على كراهية وهو خطأ (حجة الاولين) ان ظاهر حال المسلم الامانة ولهذا قبل قوله فيما هو في يده من انه ماله وانه طاهر ونجس والحاصل ان الاصل في المسلم انه لا يفعل غير المشروع وانه يجوز له لقطة الاموال والفرق بينهما غير ظاهر وستعرف حال هذا الاصل عند قوله ولا الفاسق وانه معارض باصل الفسق لانه الغالب فلا بد من ظاهر يعضد احدهما وليس هو الا حسن الظاهر (وحجة الآخرين) ان الفاسق غير مؤتمن شرعاً وهو ظالم لا يجوز الركون اليه ولا يؤمن ان يبيع الطفل او يسترقه او يسيء في تربيته وفرق في التذكرة بين لقطة الاموال والاطفال فان في لقطة المال تكسبا وانه يجب رد المال اليه بعد التعريف لامكان نية التملك وبان المقصود في المال حفظه ويمكن الاحتياط بالاستظهار بالتعريف وبنصب الحاكم من يعرف وفي لقطة النفس حفظ النسب والنفس وقد يهلكه خفية ويترك حفظه بالليل ويدعي رقيته في البلدان البعيدة وهذا الفرق ظاهر الوجه ولا كذلك الاولان (ويمكن) ان يقال ان ذلك منقوض بالتقاط الكافر لمثله وانه ليس استئماناً حقيقياً وانه يمكن حفظه في يده بالاشهاد ونصب الحاكم اميناً يشارفه في كل وقت ويشيع امره من دون ان يوذيه فتبقى ولايته ويحصل الجمع بين الحقين (والحاصل) ان الحاكم لا يخلي سبيله الا ان يقال ان المعلوم بالاجماع هو لقطة العدل لا غير ولا دليل غيره الا ان تقول دليله اطلاق الاخبار وهو منزل على الغالب لندرة العادل فتأمل في ذلك كله (ووجه) مافي جامع المقاصد ان الخيانة في المال امر راجح الوقوع وفيه انه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم له منه كالمبذر ويأتي الكلام فيمن ظاهر حاله الامانة (قوله) ﴿ فلا يصح التقاط العبد ﴾ قد سمعت مافي جامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية وفي الخبر ما للمملوك واللقطة والمملوك لا يملك من نفسه شيئاً فتأمل (قوله) ﴿ فان اذن المولى صح وانتقل الحكم اليه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكذا النافع واللمعة وكذا لو اجاز كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وفي هذه الثلاثة والتحرير والروضة انه لا يجوز له الرجوع بعد الاذن وقال في التذكرة انه لو كان الطفل في موضع لا ملتقط له سوى العبد فانه يجوز له التقاطه لانه تخليص له من الهلاك كما لو اراد التخليص من الغرق ولعله اراد بالجواز الوجوب كما هو صريح الدروس والتحرير ولا اشكال في وجوب اخذه او جوازه كما في المسالك وانما الكلام في لحوق احكام الالتقاط له والدليل المذكور لا يفضي اليه فانه ليس له اهلية الالتقاط وان كان له اهلية الاستنقاذ فينبغي ان ينتزع منه وجوباً على الكفاية فلافرق بين وجود الملتقط وعدمه كما نبه

ولا المكاتب ولا حكم لالتقاط الصبي ولا المجنون بل ينتزع من ايديهما ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ولا الفاسق لان الحضانة استئمان فلا تليق به والاقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوي ومنشئ السفر « متن »

عَلَى ذلك في جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان نعم لو رضي المولى بفعل العبد فهو لقطة من الآن والا فهو منبوذ كما عرفت (قوله) ﴿ ولا المكاتب ﴾ قال في التذكرة لا فرق بين القن والمدبر وام الولد والمكاتب والمحرر بعضه في ذلك لانه ليس لاحد هؤلاء التبرع بماله ولا منافعه الا باذن السيد ونحوه في عدم الفرق بين المذكورين ما في التحرير والدروس والمسالك والروضة وفي الاخيرين وفاقاً لجامع المقاصد انه لا يدفع ذلك مهاياة المبعض وان وفى زمانه المختص بالحضانة لعدم لزومها فجاز تطرق المانع كل وقت وتامل في ذلك المقدس الاردبيلي ولعله في محله ولا يخفى ما في تعليل التذكرة فان من تحرر بعضه له التبرع بمقدار ما فيه من الحرية نعم ليس له الحضانة لانه يلزم منها التصرف في حق المولى (قوله) ﴿ ولا حكم لالتقاط الصبي والمجنون بل ينتزع من يدهما ﴾ قد سمعت ما في مجمع البرهان وظاهر اطلاقهم ان حكم اللقيط في يدهما ما كان عليه وبه فسّر عبارة اللمعة في الروضة وعبارة الشرائع في المسالك ولعله لاستصحاب الحالة السابقة او للاطلاقات الا ان تشك في انصرافها الى محل الفرض ونقول ان الاستصحاب معارض بمثله فتأمل جيداً وقال في التذكرة لو كان المجنون يعتوره ادواراً اخذه الحاكم من عنده كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق او الصبي وهو صريح في انه لم يكن لقيطاً بالاخذ ولا بعده فاذا اخذه احد لم يكن لقيطاً بل الآخذ له الحاكم ويحتمل جوازه للولي اذا لم يتمكن من الحاكم ولم يكن ايضاً لقطة ولعله لانه غير منبوذ وقد اخذ ذلك في تعريفه الا ان يقال انه المنبوذ الذي ليس في يد من تجب عليه حضانته فتأمل (قوله) ﴿ ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ولا الفاسق لان الحضانة استئمان فلا تليق به ﴾ هذه المسائل الثلاث قد تقدم الكلام فيها مسبغاً وبقي الكلام فيمن ظاهر حاله الامانة ولم يعتبر حاله ففي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد انه لا ينتزع من يده لان ظاهر المسلم العدالة ولم يوجد ما ينافي هذا الظاهر ولان حكمه حكم العدل في لقطة الاموال والولاية في النكاح واكثر الاحكام وكأنه مال اليه في الدروس قال في التذكرة ولكن يوكل الامام من يراقبه من حيث لا يدري ليلا يتاذى فاذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة (قلت) ما ذكره من كون ظاهر المسلم العدالة خلاف ما عليه المشهور وخلاف مذهب المصنف في غير هذا الموضع نعم هو مذهب ابي علي والمفيد والشيخ في جملة من كتبه لان الاصل في الاسلام العدالة والاصل في جميع اقوال المسلم وافعاله الصحة والفسق طار عَلَى هذا الاصل وغلبته كغلبة المجاز عَلَى الحقيقة فلا تعارض بين الاصلين لان ثبوت المظنة لا يجدي مع انتفاء المئنة والقائل بانه لا بد من حسن الظاهر يقول اصلان تعارضا فلا بد من ظاهر يعضد احدهما وليس هو الا حسن الظاهر مع ادّعاء تواتر الاخبار بعدم الاكتفاء بظاهر الاسلام وبالاكتفاء بحسن الظاهر ومما ذكر يعلم الحال عند من يقول لا بد من الملكة واما قبول قول المجهول الحال في التذكية والطهارة ورق الجارية وغير ذلك فهو من دليل خارجي ثم انه ان اراد وجوب توكيل الامام من يراقبه اشكل تمكينه منه قال في التذكرة واما قبل ذلك لو اراد السفر فانه يمنع منه وينتزع منه لانه لا يؤمن ان يسترقه وهذا يمكن ان يكون بناء عَلَى اشتراط العدالة ويحتمل انا لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا لشدة الحاجة حينئذ كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ والاقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوي ومنشئ السفر ﴾ قد تقدم الكلام في المبذر مشبعاً (واما البدوي ومنشئ السفر) فالجواز فيهما خيرة الشرائع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر اللمعة للاصل وعدم ما نعية ما قيل انه مانع لكن في الشرائع والمسالك التعبير بمريد السفر وقد حكي عن المبسوط انه منع من ثبوتها للبدوي لان التقاطه يؤدي الى ضياع

ويجب عَلَى الملتقط الحضانة فان عجز سلمه الى القاضي وهل له ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ من شروعه في فرض الكفاية فلزمه والاقرب ان له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط فلا يجب انتزاعه منه حينئذ « متن »

نسبه وضعفه في جامع المقاصد وكذا المسالك بعدم علم ما نعيته وعدم انضباط الاحوال قالا ربما كان السفر به سبباً في ظهور نسبه بان كان من مكان بعيد والموجود في المبسوط والتذكرة انه لو التقطه البدوي فان كان من اهل حلة مقيماً في موضع راتب اقر في يده وان كان ممن ينتقل من موضع الى موضع فقد قيل فيه وجهان احدهما المنع والثاني انه يقر في يده لان اطراف البادية كمحال البلدة ولا ترجيح ايضاً في التحرير والايضاح والدروس في البدوي ومنشئ السفر نعم قال في الاخير يضعف انتزاعه من مريد السفر اذا كان عدلا وهذا شامل لمن ثبتت ولايته عليه ثم اراد ان يسافر به ولمنشئ السفر فتدبر وقد سمعت ما في الشرائع وقال اي في الدروس ولو لم يوجد غيرهما لم ينتزع قطعاً وكذا لو كان الموجود كواحد منهما ونحوه ما في التحرير والروضة والمراد بمنشئ السفر من ابتدأ به او قرب منهُ جداً بحيث صار بمنزلة المسافر فاذا التقطه هذا المبتدي بالسفر في البادية فلا بد من نقله حراسة له وله ان يتوجه به الى مقصده و يذهب به اليه لمكان الضرورة والحاجة ولا يجوز انتزاعه من يده عند المصنف ومن عرفت و بذلك يفرق بينهُ و بين ما سيأتي من قوله الاقرب ان له السفر به فان ذلك قد التقطه واقر في يده وثبتت له الولاية عليه ثم اراد ان يسافر به ولكن قد لا يفرق بينه و بين ما قرب منه جداً فتأمل لان عبارتي الشرائع والدروس قد تقضيان بعدم الفرق اصلا ثم ان الشيخ وولد المصنف والكركي اشترطوا في جواز السفر به فيما يأتي ان يكون عدلا ظاهراً وباطناً ولم يشترطوا هنا شيئاً وكان ينبغي لهم ان يقولوا هنا بجواز الانتزاع من يده اذا لم يكن عدلا فتامل و بعض العامة قال فيما نحن فيه انه لا يذهب به الى مقصده رعاية لامر النسب (قوله) ﴿ ويجب عَلَى الملتقط الحضانة ﴾ بلا خلاف وقال في الدروس تجب حضانته بالمعروف وهو القيام بتعهده عَلَى وجه المصلحة بنفسه او زوجته او غيرهما والاولى ترك اخراجه من البلد الى القرى ومن القرية الى البادية لضيق المعيشة في تينك بالاضافة الى مافوقها ولانه احفظ لنسبه وايسر لمداواته (قوله) ﴿ فان عجز سلمهُ الى القاضي ﴾ كما في التذكرة وغيرها والوجه فيه ظاهر لانه ولي من لا ولي لهُ ولا تكليف بما لا يطاق (قولهُ) ﴿ وهل لهُ ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ من شروعه في فرض كفاية فلزمهُ ﴾ كما هو خيرة الايضاح وجامع المقاصد لانهُ قد ثبت عليه حق الحفظ فيستصحب ولقوله عز وجل ولا تبطلوا اعمالكم فالشروع في فروض الكفاية يوجب اتمامها وتعينها الا ان تقول ان الشروع لا يغير حكم المشروع فيه وقد فصل العلامة في جهاد التذكرة بين الجهاد مما يوجب التخاذل ونحوه كصلوة الجنازة مما هو كالخصلة الواحدة و بين طلب العلم ونحوه مما لا تخاذل فيه وليس كالخصلة الواحدة فتأمل (و يحتمل) جواز دفعه للقاضي للاصل ولانه ولي الضائع وهو خيرة التذكرة والاصل غير اصيل مع ثبوت الولاية ووجوب القيام بمقتضاها والحاكم ولي عام وولايته عَلَى من لا ولي لهُ والملتقط ولي خاص بل نقول انهُ بعد اخذه تعينت الحضانة عليه فليس من الشروع في الواجب الكفائي فلا معنى للنظر فتدبر (قولهُ) ﴿ والاقرب ان لهُ السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط فلا يجب انتزاعه منه حينئذ ﴾ قال في المبسوط اذا اراد ان يسافر به فان كان اميناً ظاهراً وباطناً فانهُ يترك في يده ولو كان اميناً في الظاهر فانهُ يمنع منهُ ولا يترك ان يحمله لانهُ يخاف ان يسترقهُ وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد غير انهُ في الاخير جعل موضع الامين العدل وفصّل بما ذكر وقال انهُ خيرة المبسوط (قلت) ملاحظة كلام المبسوط وتفسيره الامين في الباطن بان يكون قد ولد في ذلك البلد ونشأ فيه وعرف باطنهُ تقضي بانهُ اراد بالامين العدل وقد تقدم لصاحب جامع المقاصد ثبوت الولاية لمنشئ السفر بمعنييه والبدوي من دون اشتراط

ونفقته في ماله وهو ما وقف عَلَى اللقطاء او وهب منهم او اوصي لهم و يقبله القاضي « متن »

عدالة في الاول ولا كون الثاني راتباً فالحظ كلاميه وقد تقدم انهُ قال في الدروس انهُ يضعف انتزاعهُ من مريد السفر اذا كان عدلاً وقد يظهر من التذكرة المنع من السفر به مطلقاً لانهُ اذا سافر ضاع نسبهُ لان من ضيعهُ يطلبهُ حيث ضيعهُ وضعف في جامع المقاصد بانهُ ربما كان السفر به محصلاً لنسبه (قلت) ولعله يقضي بانهُ لا يجوز للملتقط في البادية ان يذهب به الى مقصده ووجه ما قربهُ المصنف هنا انهُ ولي فيجوز له ما يجوز لغيره من الاولياء وان الاصل عدم الحجر عليه في ذلك وان المنع ربما ادى الى ضرر الطفل وقد قرب فيما تقدم ثبوت الولاية لمنشئ السفر بمعنييه وظاهر اطلاقهم انه لا فرق في السفر بين سفر النقلة والتجارة والزيارة و به صرح في التذكرة ومنهُ يعلم حال الاستيطان به في غير بلد الالتقاط لكن قال هنا في المبسوط قيل فيه وجهان احدهما انهُ يترك في يده والآخر انهُ ينتزع ولم يتعرض لامانته وعدمها وقد ذكر هذا قبل ذاك بقائمة فلا يتجه تنزيلهُ عليه فتامل وقال في التذكرة لو اراد النقلة الى بلد آخر فان نظرنا الى اعتبار المعيشة فالبلاد متقاربة وان راعينا امر النسب فتعاد لان طلبهُ في موضع ضياعه اظهر فيكون كشف نسبه فيها ارجى فلا يقر في يد المتنقل عنهُ كما لا يقر في يد المنتقل الى البادية انتهى وقد صرح ايضاً في المبسوط انهُ اذا كان الملتقط له حضريا واراد ان يسافر به الى البادية انهُ ينتزع من يده وقد تقدم الكلام فيما اذا التقطهُ البدوي ومنشئُ السفر وعرفت هناك الفرق بين هذه المسئلة وتلك فليرجع اليها وقد تقضي عبارتا الشرائع والدروس بعدم الفرق هذا ولو غلب عَلَى ظن الملتقط ان غرض نابذه تضييعهُ وعدم طلبه فالاقوى جواز نقله الى اين شاء (قوله) ﴿ ونفقته في ماله وهو ما وقف عَلَى اللقطاء او وهب لهم او اوصي لهم و يقبلهُ القاضي ﴾ لا يجب عَلَى الملتقط النفقة عَلَى اللقيط اجماعاً كما في التذكرة (قلت) و يعضده الاصل والحصر في صحيحة الحلبي في الفقيه وفي جامع المقاصد نفى عنهُ الريب وايجاب الالتقاط لا يوجب النفقة هذا وقال في التذكرة ينقسم مال اللقيط الى ما يستحقهُ لعموم كونه لقيطاً والى ما يستحقه بخصوصه فالاول مثل الحاصل من الوقوف عَلَى اللقطاء او الوصية وقال بعض الشافعية او ما وهب لهم واعترض عليه بان الهبة لا تصح لغير معين وقال اخرون يجوز ان تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتى يكون تمليكها بالهبة كما يجوز الوقف وحينئذ يقبلهُ القاضي وليس بشيء نعم تصح الوصية لهم انتهى وقال في جامع المقاصد ما ذكره في التذكرة حق وهو المعتمد وما ذكره هنا ان اراد جواز الهبة للجهة فليس بجيد وان اراد المعينين من اللقطاء ومن جملتهم لقيط مخصوص فلا شبهة في الحكم لكن المتبادر غير هذا انتهى (قلت) جزم في الدروس بما في الكتاب من دون تامل فيه وعبر في التحرير بما وقف عليه اذا اوصى له به وقبلهُ الحاكم او وهب له ولقد تتبعت كتاب الهبة في عدة من الكتب المطولة فلم اجد لهم تصريحاً بصحة الهبة للجهات العامة ولا بعدمها بل قد يلوح من بعض مطاوي كلامهم العدم وفي جامع المقاصد لا مانع من العموم مع قبول الحاكم كالوقف عَلَى الجهات العامة (قلت) يشهد له الاصل اي ان الاصل الجواز والاصل عدم اشتراط التعيين وقد وجد شرط التمسك بهما وهو العمومات والاطلاقات الظاهرة الدلالة عَلَى الجواز عَلَى الاطلاق من الكتاب والسنة كقوله عز وجل وآتى المال عَلَى حبه وتعاونوا عَلَى البر وان المصدقين والمصدقات وكالاخبار الواردة في الصدقة والهبة والهدية وقد قالوا من دون خلاف ان اقسام العطية ثلاثة لانها اما منجزة غير معلقة بالوفاة واما مؤجلة معلقة بها الثاني الوصية والاول اما ان تكون العطية مطلقة تقتضي الملك المطلق الموجب لاباحة انواع التصرفات فهي الهبة واما ان تكون مقيدة غير مطلقة فهو الوقف وقسموا ايضاً العطية الى هبة وهدية وصدقة قالوا ان خليت عن العوض سميت هبة فان انضم اليها حمل الموهوب من مكان الى مكان الموهوب اعظاماً له وتوقيراً سميت هدية فان انضم اليها التقرب الى الله سبحانه وطلب ثوابه فهي صدقة وقال الشيخ الهدية والصدقة والهبة بمعنى واحد

او مايده عليه عند الألتقاط كالملفوف عليه والمشدود عَلَى (في خ ل) ثوبه والموضوع تحته والدابة تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار التي لا مالك لها وما في هذه الثلاثة من الاقمشة ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه « متن »

ولهذا اذا حلف ان لا يهب فتصدق عَلَى مسكين حنث فاذا صح الوقف والوصية والصدقة عَلَى الجهات صحت الهبات لان الجميع من سنخ واحد وقد تقدم ان العارية تصح عَلَى الجهة فقد دلت عَلَى ذلك اطلاقات النصوص والفتاوى بل والاجماعات فتمكن من ذلك اصل الجواز واصل عدم الاشتراط والحاكم هو القابل القابض لذلك وجميع الصدقات والعطايا التي تاتي من الاطراف للمشتغلين والمجاورين في المشاهد المشرفة من باب الهبات عَلَى الجهات فليلحظ ذلك جيداً هذا وسيأتي انهُ لا ينفق عليه من ماله الا بعد استئذان الحاكم وقول المصنف ويقبله القاضي يعود الى كل من الهبة والوصية وكذا الوقف عَلَى القول باشتراط القبول في هذا النوع (قولهُ) ﴿ او ما في يده عند الالتقاط كالملفوف عليه والمشدود عَلَى ثوبه والموضوع تحته (والدابة تحته خ) والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار التي لا مالك لها وما في هذه الثلثة من الاقمشة ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك ونحوها الارشاد والدروس واللمعة والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي المبسوط ان ذلك كلهُ مما لا خلاف فيه مع زيادة جميع ما عَلَى الدابة وكل ما كان مشدوداً عليها وقال فيه ايضاً ان الصغير يملك كما يملك الكبير ولهُ يد كما ان للكبير يداً وكما كان ملكاً للكبير جاز ان يكون ملكاً للصغير وكل ما كان يد الصغير عليه صح ملكهُ كالكبير ورتب عَلَى ذلك ملكهُ ماذكر وقد وافقهُ عَلَى ذلك من تاخر عنهُ ممن تعرض لهُ من دون خلاف ولا تامل قالوا لان اليد في كل واحد من هذه حقيقة وهي دالة عَلَى الملك وقد يقال بان هذا قد يقضي بان كسوة الاولاد تمليك كما اخترناه في كسوة الزوجة لا امتاع فتامل فيه (١) وزاد في التذكرة ما غطي به من لحاف وشبهه وما جعل في جيبه من حلي او دراهم او غيرها وما يكون الطفل محمولا فيه كالسرير والمهد والدابة المشدودة في وسطه او ثيابه او التي عنانها بيده والدنانير المنثورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه ومراد المصنف بقوله مافي يده عند الالتقاط ما كان بيده حين نبذه وضياعه كما هوظاهر فيشمل ما كان بيده قبل الالتقاط ثم زالت عنه لعارض كطائر افلت من يده ومتاع غصب منه او سقط فلعله لا يرد عليه مافي جامع المقاصد من ان قوله عند الألتقاط مستدرك بل مضر والموجود بالجر صفة الخيمة والفسطاط يعني الذي وجد اللقيط فيهما ولا ريب ان اليد في كل شيءٍ بحسب ذلك الشيء ولا ريب ان الكون تحتهما وضع لليد عليهما لانهما بيتان واما قوله لا مالك لها فقد احتمل في جامع المقاصد ان يكون صفة للجميع لان ما علم ان له مالكاً غيره لا عبرة بيده عليه (قلت) فيكون من باب بيان الواضحات واحتمل ان يكون صفة للخيمة والفسطاط والدار خاصة وهو مثل الاول او قريب منه (قلت) يحتمل ان يكون صفة للدار خاصة كما في المبسوط والشرائع لانها يستبعد الفرض فيها ولانه فصلها عن الخيمة والفسطاط قال في المبسوط فان وجد في برية في خيمة او فسطاط فان الخيمة والفسطاط وما فيها يكون له ويده عليه ولو جاز ان يكون دار لا مالك لها ووجد في تلك الدار فانها تكون له كالخيمة انتهى وهو نص فيما ذكرنا ونحوه الشرائع ووجه كون ما في الثلثة له انه اذا كانت يده عَلَى البيت فيده عَلَى ما فيه فيكون له (قوله) ﴿ ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه ﴾ كما في التذكرة والدروس ومجمع البرهان وكذا الارشاد والروضة وقيده في الدروس بما لا يدله عليه ولا هو بحكم يده وستعرف بيانه مما نحكيه عن المبسوط ـ وقال في الشرائع فيما يوجد بين يديه والى جانبه تردداً شبهه انه لا يقضى له وفي التحرير في القريب مثل ما يوجد

---

(١) لانهُ يمكن ان يقال ان ذلك مما علم ان له مالكا غيره ولا عبرة باليد حينئذ و يحتمل ان يكون مما علم انهُ كان لهُ مالك فتؤثر اليد « منهُ قدس سره »

او بين يديه او عَلَى دكة هو عليها ولا بالكنز تحته وان كان معه رقعة انه له عَلَى اشكال فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان « متن »

بين يديه او الى جانبيه نظر ونحوه ما في الكفاية وقال في المبسوط واما ما كان قريباً منه مثل ان يكون بين يديه صرة او رزمة فهل يحكم بان يده عليه ام لا قيل فيه وجهان (احدهما) لاتكون يده عليه لان اليد يدان يد مشاهدة و يد حكمية وهي ما يكون في بيته و يتصرف فيه وهذا ليس باحدهما (والوجه الثاني) تكون يده عليه لان العادة جرت بان ما بين يديه يكون له مثل الثنيلة (١) بين يدي الصراف والميزان وغيرها وهذا اقوى انتهى (قلت) وكالحمال اذا قعد للاستراحة وترك حمله قريباً منه وكالامتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص فانه تجعل له خصوصاً مع انضمام قرينة اليه كما لو وجد معه او في ثيابه رقعة ان ذلك له فان العمل بها قوي كما في الدروس وكذا المسالك اذا افادت الظن الغالب كما لو كانت بخط مسكون اليه ومما ذكر يعرف الوجه في ترجيح احد الوجهين والتردد ولا يحكم له بما كان بعيداً عنه بلا خلاف كما في المبسوط وكل ما يحكم بانه ليس له فهو كاللقطة (قوله) ﴿ او ما بين يديه ﴾ كانه لا حاجة اليه (قوله) ﴿ او عَلَى دكة هو عليها ﴾ قال في الشرائع عدم القضاء له هنا اوضح وقال في المبسوط وفي الناس من قال لو كان المنبوذ مطروحاً عَلَى دكة فما يكون عَلَى الدكة تكون يده عليه ولم يتعقبه بشيء فما حكاه عنه في الكفاية من انه حكم له به مطلقاً لم يصادف محله (قوله) ﴿ ولا بالكنز تحته ﴾ بلا خلاف فيه كما في المبسوط وفي جامع المقاصد انه لا يد لمن جلس عَلَى ارض مباحة مدفون فيها كنز بالنسبة الى الكنز قطعاً وهو يجري مجرى الاجماع اما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه فان يده عليه فيكون مملوكاً له (قوله) ﴿ وان كان معه رقعة انه له عَلَى اشكال ﴾ كما في التحرير ايضاً وقرّب في التذكرة حينئذ انه له لانه في الامارة والدلالة عَلَى تخصيص اللقيط اقوى من الموضوع تحته وقد حكي ذلك عن المبسوط في المسالك ولم اجده فيما عندنا من نسخه وقد سمعت ما في الدروس انفاً وقرب في الايضاح المدم لان الرقعة ليست بيد وفي جامع المقاصد ان الاصح انه ان اثمرت الكتابة ظناً قوياً كالصك الذى تشهد القرائن بصحته خصوصاً ان عرف فيه خط من يوثق به عمل بها فانا نجوّز العمل في الامور الدينية بخط الفقيه اذا امن من تزويره وانما يثمر الظن القوي هذا اذا لم يكن له معارض من يد اخرى ولا دعوى مدع ولا قرينة اخرى تشهد بخلاف ذلك والا فلا ونحوه ما في المسالك كما تقدم واختاره في مجمع البرهان ونفى عنه البعد في الكفاية وقد جعل الاشكال في جامع المقاصد راجعاً الى جميع ما تقدم كما هو الظاهر لعدم الفارق قال اي لا يحكم له بشيء من المذكورات وان كان معه رقعة مكتوب فيها ان ذلك الشيء له عَلَى اشكال ينشأ من انتفاء اليد وامكان تزوير الخط وانتفاء حجته ومن انه امارة انتهى لكن اشكال التحرير ومقرب التذكرة انما ذكر في الكنز تحته وزاد في التحرير ما كان بعيداً عنه في غير ملكه ولا يشترط في ذلك ايضاً كون الرقعة معه بل لو كانت في المتاع او كان مكتوباً عليه لا يتفاوت الحال عَلَى الاقوال ولذلك قال في التذكرة ولو وجد معه او في ثيابه وقال في الدروس كالكتابة عليه اي المتاع وقال في جامع المقاصد ان عبارة الكتاب قاصرة (وفيه) انه ليس معنى معه انه متصل به فانه اذا كان عنده او في متاعه يقال انه معه (قوله) ﴿ فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا الغنية وهو المحكي عن ابي علي والقاضي وهو عَلَى الظاهر معنى قوله في المبسوط والتذكرة والتحرير انفق عليه السلطان من بيت المال وفي الاول انه لا خلاف فيه ولعله لا يحصر

(١) كذا في نسختين ولم نعثر على معناها في كتب اللغة وفي نسختنا من المبسوط مثل الثنيكة بين يدي الطواف ولم نعثر في كتب اللغة على معناها ايضا فلتراجع (مصححه)

فان تعذر استعان بالمسلمين ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية « متن »

في بيت المال فيجوز من الزكوة مطلقاً او من سهم الفقراء او المساكين او سهم سبيل الله سبحانه وتعالى بل قد يقال لا يجوز الانفاق عليه من بيت المال لانه معد لما لا وجه له سواه واللقيط يجوز ان يكون رقيقاً فنفقته على سيده او حرا له مال او قريب فيستقرض له الامام من بيت المال او احاد الناس فان ظهر انه حر لا مال له ولا قريب قضي من سهم الفقراء او المساكين او الغارمين وهذا اي رفع امره الى السلطان انما هو اذا لم يتبرع هو اي الملتقط ولم يجد من يتبرع فيكون واجبا كما هو صريح بعضهم وظاهر الاكثر وما في المقنعة والنهاية من انه ينبغي له ان يرفع خبره الى السلطان مراد به الوجوب والا جاز له الاقتصار على الانفاق من ذلك المتبرع (قوله) ﴿ فان تعذر استعان بالمسلمين ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان وكذلك الغنية والمسالك والكفاية وهو المحكي عن ابي علي والقاضي وفي الاخيرين فان تعذر ووجد من ينفق عليه من الزكوة جاز والا استعان بالمسلمين ولا يخفى ان الاستعانة بهم واجبة ايضاً اذا لم يتبرع ولم يجد من يتبرع وتعذر الاستعانة بالسلطان اما لعدم الوصول اليه او لكونه لا مال عنده او لان ما عنده يجب صرفه فيما هو اهم (قوله) ﴿ ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية ﴾ هذا هو المشهور كما في المسالك وعليه الفتوى كما في التنقيح والمسالك ايضاً وهو منهم كما في المسالك ايضاً والكفاية وانما جاز له الاستعانة بهم مع كونه كاحدهم لرجاء ان يوجد فيهم متبرع اذ لا يجب عليه التبرع فان اتفق المتبرع والا كان الملتقط وغيره سواء في الوجوب لانه من باب اعانة المضطر الواجبة كفاية في جميع الابواب وتردد في الشرائع في وجوبه كفايه ونحوه ما في المبسوط حيث قال قيل فيه قولان احدها على سائر الناس والثاني انه يستقرض عليه وفي الدروس ان توقف المحقق ضعيف (قلت) ان كان توقفه في اصل الوجوب على الكفاية لانه ممن يذهب الى استحباب الالتقاط فالتضعيف في محله وهو الذي فهمه الفاضل المقداد وغيره وان كان التوقف في تعيين التبرع كما فهمه صاحب المسالك فالتوقف في محله بل الواجب على هذا الحكم بالوجوب لان الواجب رفع حاجة المحتاج بالقرض له او التبرع عليه فكان شبيه البذل المضطر فانه بالعوض عندهم لاحتمال ان يكون هذا ذا مال او ذا قريب او رقيقاً كما مر بيانه وهذا ظاهر الجماعة كما سيتضح حاله وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد وهو الموافق للقواعد فما فهمهُ من الشرائع في المسالك وشهرته المدعاة خطأ في خطأ والحاصل ان كلامهُ غير منقح فليلحظ بعين التحقيق وقال في الدروس الملتقط اذا احتاج الى الاستعانة بالمسلمين رفع امره الى الحاكم ليعين من يراه اذ التوزيع غير ممكن والقرعة انما تكون في المنحصر وقال في التذكرة ولو احتاج الامام الى التقسيط على الاغنياء قسط مع امكان الاستيعاب وكأنهُ غير ما في الدروس وقال في التذكرة ولو كثر وتعذر التوزيع ضربها على ما يراه بحسب اجتهاده والمراد اغنياء تلك البلدة ولو احتاج الى الاستعانة بغيرهم استعان انتهى وقال في الدروس ولا رجوع لمن يعين عليه الانفاق لانه يؤدي فرضا وربما احتمل ذلك جمعا بين صلاحه في الحال وحفظ مال الغير وقد اومى اليه في المبسوط ويتجه على قول المحقق بالاستحباب الرجوع ويؤيده ان مطعم الغير في المخمصة يرجع عليه اذا ايسر ولو قلنا بالرجوع فمحله بيت المال او مال المنفق عليه ايهما سبق اخذ منه انتهى وهو محتاج الى الدليل في بعض ذلك فليتأمل (هذا) وقد عرفت انه لا يجب عليه اي الملتقط ولا على المسلمين التبرع ولما كان يرجى وجود متبرع او متصدق منهم ولم يجز له الانفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع صح الترتيب وهو الوجوب على المسلمين اولا وهو منهم فان

فان تعذر انفق الملتقط فان نوى الرجوع رجع والا فلا ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده « متن »

تعذرت اعانتهم تبرعا انفق الملتقط ورجع اذا نوى، كما اشار اليه المصنف بقوله فان تعذر انفق (قوله) ﴿ فان تعذر انفق الملتقط فان نوى الرجوع رجع والا فلا ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكذا اللمعة والتنقيح وهذه كلها قد وافقت الكتاب في الترتيب والتفريع وظاهرها انه اذا تعذر المسلمون اما لعدم امكان الوصول اليهم او لكون من حضر منهم لا مال عنده انفق هو لكن قال في جامع المقاصد ينبغي ان يراد فان تعذر اعانة المسلمين تبرعا انفق الملتقط ورجع اذا نوى الرجوع الى اخره لانهم اذا بذلوا النفقة قرضاً لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة الى مصلحة اللقيط فلا وجه لتوقف انفاقه قرضاً ونظره الى ما عرفته انفا من ان الاستعانة انما هي لرجاء وجود المتبرع فيهم وينبغي اخذ ذلك في كلام الجميع وهذا يقضي بانهم قائلون بانه لا يجب التبرع كفاية وانما يجب عليهم رفع الحاجة ولو قرضاً كما تقدم فشهرة المسالك لم تصادف محزها واستشكل في الكفاية في رجوعه اذا نوى الرجوع ولم يتعرض له في المبسوط وما حكي عنه من انه لا ترجيح فيه لم نجده وحكى الخلاف جماعة عن ابن ادريس قالوا انه قال انه لا يرجع مع نية الرجوع وان اشهد لتبرعه ولم اجده في السرائر تعرض له الا في الضالة ولعلهم فهموا منه عدم الفرق كما يعطيه اول كلامه ويدل على ماعليه الاصحاب بعد الاجماع المحصل والمنقول في المختلف قول الصادق عليه السلام في صحيحة عبدالرحمن العرزمي المنبوذ حر فاذا كبر فان شاء تولى(يوالي خ ل)الذي التقطه والافليرد عليه النفقة وليذهب فليتوالى من شاء ولعل الشرط مبني على الغالب وقوله عليه السلام في خبر قاسم ابن اسمعيل وان طلب منه الذي رباه النفقة وكان موسراً رد عليه وان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقه وفي صحيحة ابن محبوب ولكن استخدمها بما انفقته عليها وقال في المختلف في رد ابن ادريس لولا ذلك لزم الاضرار بالملتقط او اللقيط وهو منفي بالاجماع وبالخبر لانه اما ان تجب النفقة على الملتقط اولا (والاول) باطل لانه ضرر عليه وهو خرق للاجماع ايضاً اذ لم يوجبه احد مجاناً (والثاني) باطل ايضاً لانه ضرر على الصبي اذ الملتقط ترك ما ليس بواجب فيؤدي الى تلف الصبي وهو باطل بالاجماع وقوى جماعة عدم اشتراط الاشهاد في جواز الرجوع وقرب الاشتراط في موضع من التذكرة ولم يذكره في موضع اخر مثله وتردد في التحرير واول من اعتبره ابن ادريس في اول كلامه وما حكاه عنه في التنقيح غير صحيح وكذا الحال فيما اذا انفق غير الملتقط مع نية الرجوع فان له ذلك كما في التحرير والمسالك بل يفهم ذلك مما تقدم (قوله) ﴿ ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع ﴾ كما في المقنعة والنهاية والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وذلك اذا كانت الاعانة تبرعا فلو قطع بانتفاء التبرع فلا مانع من الرجوع (قوله) ﴿ ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده ﴾ كما نبه عليه في التذكرة عند الكلام على استقراض الامام وفي جامع المقاصد ان ظاهر العبارة ان التفصيل السابق ات هنا وهو مقتضى اطلاق كلامهم ويحتمل الحاق المملوك الملتقط بالوديعة فمتى لم يجد مالاً للمالك وتعذر استيذان المالك والحاكم انفق ونوى الرجوع ولا حاجة الى الاستعانة بالمسلمين انتهى (قلت) ان اراد كلامهم السابق فهو صريح في الحر حيث قال جماعة كما عرفت ينفق عليه من ماله فان لم يكن له استعان بالسلطان الخ وهذا صريح في انه حر لان العبد لا مال له على المعروف بينهم ثم انهم في اول كلامهم قرروا ان الاصل في اللقيط الحرية قال الشيخان وغيرهما اذا وجد مسلم لقيطاً فهو حر غير مملوك وينبغي له ان يرفع خبره الى السلطان لينفق عليه من بيت المال فان لم يجد استعان بالمسلمين الى اخره وان اراد كلامهم في خصوص الفرع فلم نجد

وعليه مع الحرية ان كان مؤسرا او كسوبا والا فمن سهم الفقرآء او الغارمين وليس للملتقط الأنفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم فان بادر بدونه ضمن الا مع التعذر ولا يفتقر في احتفاظه الى الأذن ولو اختلفا في قدر الأنفاق قدم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف «متن»

من تعرض له سوى المصنف هنا وفي التذكرة في مقام اخر كما عرفت انفاً (قوله) ﴿وعليه مع الحرية ان كان موسراً او كسوباً﴾ كما نبه عليه في التذكرة ايضاً وهذا اذا اكتسب وفضل من كسبه عن مؤنته المستثناة في الدين شيء لان الاكتساب للدين غير واجب كما سبق وكما نبه عليه في جامع المقاصد (قوله) ﴿والا فمن سهم الفقراء او الغارمين﴾ كما نبه عليه ايضاً في التذكرة وقال في جامع المقاصد اي يرجع عليه ان لم يكن موسراً ولا كسوباً من سهم الفقراء او الغارمين مخيرا في الامرين لتحقق كل من الوصفين فيه ويشكل بان الرجوع عليه يفهم منه ثبوت ذلك جزماً ولا يستقيم ذلك في سهم الفقراء لان قبض الفقير الزكوة مما يتوقف عليه الملك وهو نوع اكتساب فلا يجب و يبعد جواز اخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط لتوقف ملكه له على قبضه نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين لان صيرورته ملكاً للمديون غير شرط فيجوز الدفع الى صاحب الدين وان لم يقبضه المديون ولو حملت العبارة على ان المراد كون الرجوع باختيار اللقيط فمع انه خلاف المتبادر لا يستقيم ذلك بالنسبة الى سهم الغارمين انتهى (قلت) يقبضه الحاكم او يأذن للملتقط بقبضه وهذا بعد بلوغه اما قبله فلا يمكن الرجوع عليه نعم يمكن الاخذ من ماله باذن الحاكم او من سهم الغارمين (قوله) ﴿وليس للملتقط الانفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم فان بادر بدونه ضمن الا مع التعذر﴾ هذا هو المعروف من مذهبهم كما في الكفاية و به صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والدروس واللمعة والروضة غير ان في الثلثة الاخيرة لم يذكر فيها انه يضمن ان انفق بدون اذنه وانه لا ضمان مع تعذر الحاكم لكن ذلك قضية كلامهما وهذا الاخير لم يذكر ايضاً في المبسوط قالوا لانه لا ولاية له على ماله وانما له حق الحضانة فاذا انفق كان كمن انفق مال الغير بغير حق كرجل عنده وديعة فابق عبد المودع فانفق الوديعة على الابق فانه يكون خائناً كذا في المبسوط وغيره ومثله في التذكرة بمن عنده وديعة لليتيم فانفقها عليه وقد يقال ان له ذلك للاصل ولولايته عليه في الجملة ولانه من باب الامر بالمعروف فيستوي فيه الحاكم وغيره كاراقة الخمر وفي صحيحة محمد ابن اسماعيل ابن بزيع ما يدل على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصي من دون قيد تعذر الحاكم اذا كان المتصرف ثقة ومثله رواية سماعة وصحيحة ابن رئاب وتمام الكلام قد تقدم في باب الحجر ولا ريب ان غير الملتقط كالملتقط في احتياجه الى الاذن (قوله) ﴿ولا يفتقر في احتفاظه الى الاذن﴾ قد عرفت انه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان انه لا ولاية له على ماله فيفتقر في احتفاظه الى الاذن كما قربه في موضع من التذكرة قال الاقرب عندي ان الملتقط لا يستولي على حفظه بل يحتاج الى اذن الحاكم لان اثبات اليد على المال انما يكون بولاية اما عامة او خاصة ولا ولاية للملتقط ولهذا اوجبنا الرجوع الى الحاكم في الانفاق وقد يؤول كلام المبسوط وما وافقه بان المنفي ولاية التصرف لا ولاية الحفظ لانه مستقل بحفظ نفسه فماله اولى فكان اولى من الحاكم (قوله) ﴿ولو اختلفا في قدر الانفاق قدم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد لانه امين والظاهر يساعده لانه يحتاج الى النفقة بالمعروف ولا بد له منها ومع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف فكان كالوصي في قبول قوله في الانفاق على الصبي ونحوه وليس المقام مما قدم فيه الظاهر بمجرده على الاصل بل مع الامانة والمراد بالاصل اصل العدم فيما زاد عن قدر الضرورة فكان القاطع له الدليل لا انهم قدموا الظاهر عليه ولم يلتفتوا اليه كما قد تعطيه عبارة جامع المقاصد نعم لا يسمع قوله فيما زاد على قدر المعروف لانه يكون خائناً مفرطاً ولا يحلف الا ان

وكذا في اصل الأنفاق وان كان للملقوط مال (المطلب الثاني في الأحكام) وهي اربعة: (الأول) النسب فان استلحقه الملتقط اوغيره الحق به ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه وان استلحق بالغاً فانكر لم يثبت (الثاني) الأسلام وانما يحصل بالأستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي وان كان مميزا « متن »

يدعى الحاجة و ينكرها اللقيط والمراد بقدر المعروف ما كان عَلَى وجه يقتضيه عرف ذلك البلد في مثل ذلك الولد ولا فرق في ذلك بين كونه من مال الملتقط او من مال اللقيط في صورة الرجوع او فيما اذا كان قرضاً كما ستعرف (قوله) ﴿ وكذا في اصل الانفاق وان كان للملقوط مال ﴾ اللقيط اما ان يقول للملتقط انك لم تنفق عليّ اصلاً لا من مالي ولا من مالك وانما المنفق عليّ غيرك تبرعاً مثلاً او انك لم تنفق عليّ من مالك وانما النفقة كانت من مالي والملتقط اما ان يدعي انه انفق عليه من ماله اي اللقيط او من مال نفسه والشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع انما تعرضا للاول وهو ما اذا ادعى عليه الانفاق من ماله اى اللقيط وقالا القول قول الملتقط مع يمينه لانه امينه وعبارة الكتاب والارشاد ظاهرتان في الثاني وهو ما اذا ادعى عليه انه انفق عليه من مال نفسه اي الملتقط لان المتبادر منهما انه يقدم قوله فيما اذا ادعى انه انفق عليه من مال نفسه سواء كان للقيط مال او لم يكن وهو الذي فهمه من عبارة الكتاب في جامع المقاصد فلا يكون تعرض فيها لما في المبسوط ومن عادتهم تحرير كلامه او الزيادة عليه فينبغي ان يكون المراد من العبارة انه ان ادعى انه انفق عليه من ماله اي اللقيط قدم قوله او ادعى انه انفق عليه من مال نفسه قدم قوله و ن كان له مال فتكون واو الوصل متعلقة باحد الشقين المفهومين من العبارة دون الاخر وفي مجمع البرهان فسر عبارة الارشاد وهي يصدق في دعوى الانفاق بالمعروف وان كان له مال بالامرين معاً وقدم الشق الاول قال اي يصدق الملتقط في دعوى انفاق مال اللقيط الخ وهذا يؤيد ما ذكرناه وعبارة الدروس قابلة للامرين قال لو تنازعا بعد بلوغه في الانفاق حلف الملتقط في اصله وقدر المعروف (وكيف كان) فالوجه في تقديم قول الملتقط في انه انفق عليه من مال نفسه بالمعروف حيث يكون تعذر عليه الحاكم والاستعانة بالمسلمين ولا مال له ظاهر اذ الاصل عدم منفق غير الملتقط واصل عدم الانفاق لا يو به به مع العلم به واما مع وجود مال للقيط فلانه لا يسوغ له التصرف في ماله الا باذن الحاكم والمفروض تعذره والموجود لم يتصور الانفاق منه والاصل عدم غيره واما مع عدم تعذر الحاكم كأن يكون قد اذن له او تمكن منه ولم يستأذنه فلا تسمع دعوى الانفاق من مال نفسه كما تقدم وذلك كله مع كونه بقدر المعروف

﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾

﴿ (قوله) وهي اربعة الأول النسب فان استلحقه الملتقط او غيره الحق به ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه وان استلحق بالغاً فانكر لم يثبت ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو انفردت الي اخره وكأن قوله وان استلحق الى اخره مستطرد او يكون المراد استلحاق اللقيط بعد بلوغه (قوله) ﴿ الثاني الاسلام وانما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ دون الصبي وان كان مميزاً ﴾ هذا قواه في المبسوط والمختلف وجزم به في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ومعنى الاستقلال ان يظهر الشهادتين بالعبارة ان لم يكن اخرس وبالاشارة المفهمة ان كان اخرس وانما لم يعتبروا اقرار المميز لكونه غير مكلف فلا يكون اقراره بالشهادتين معتدا به كالمجنون وقال الشيخ في الخلاف المراهق اذا اسلم حكم باسلامه فان ارتد بعد ذلك حكم بارتداده فان لم يتب قتل وفي الدروس انه قريب قال في الخلاف دليلنا ما رواه اصحابنا ان الصبي اذا بلغ

لكن يفرق بينه وبين ابويه خوف الاستزلال وغير المميز والمجنون لا يتصور اسلامهما الا بالتبعية وهي تحصل بامور ثلاثة «متن»

عشر اقيمت عليه الحدود التامة واقتص منه وتنفذ وصيته وعتقه وذلك عام في جميع الحدود وايضاً قوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه حتى يعرب عنه بلسانه فاما شاكراً واما كفورا وهذا عام الا ما اخرجه الدليل واستدل اصحاب ابي حنيفة باسلام علي عليه السلام وكان غير بالغ وحكم باسلامه بلا خلاف (قلت) الاستدلال بالروايتين الاولتين غير متجه لعدم صحتهما واعراض الاصحاب عنهما كما بيناه في باب القصاص وغيره مع عدم ظهور الدلالة وامير المؤمنين عليه سلام رب العالمين لا يقاس بالناس لانه واولاده عليهم السلام ليسوا من قبيل سائر الناس والحجة جعلني الله فداه حجة وهو ابن خمس سنين وعيسى عليه السلام كان نبياً في المهد ويحيى عليه السلام نبي قبل البلوغ والاخبار الدالة على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم دالة على خلاف ما في الخلاف مضافاً الى الاصل بمعانيه الثلاثة وفي مجمع البرهان ان الحكم باسلام غير المراهق غير بعيد لعموم من قال لا اله الا الله محمد رسول الله (ص ع) فهو مسلم وقاتلوهم حتى يقولوا لا اله الا الله وامثاله كثيرة وانهم اذا قدروا على الاستدلال وفهموا ادلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه ووجوب المعرفة والنظر يمكن ان يجب عليهم ذلك لان دليل وجوب المعرفة عقلي ولا استثناء في الادلة العقلية فلا يبعد تكليفهم بل يمكن ان يجب ذلك فاذا وجب وجب ان يصح منهم بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه ايضاً وحكي فيه عن بعض العلماء بانه صرح بان الواجبات الاصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية والظاهر ان ضابطه القدرة على الفهم والاستدلال على وجه يقنع (قلت) لا ريب ان الصبي قبل البلوغ ضعيف العقل ناقص البصيرة قد غلبت على عقله الصبوة وغمرته الشهوة وما يتراءى من قدرة بعض الصبيان فهو سريع الزوال ولهذا يفعل الافعال الغير المستقيمة المخالفة لافعال الرجال كاللعب الذي يستقبحه اذا بلغ ولهذا لم يحكموا بردته لانه قد يعرض له لصبوته وضعف بصيرته شك ولم يكلفوه بالفروع مع انها اهون من الاصول فكان في الواقع غير قادر على الاستدلال والاخبار كشفت عن ذلك ولا استثناء في الدليل العقلي واذا كان الامر كما قلت فهلا جزمت به انت وجزم به الشهيد مع انه ما زاد على قوله قريب (الان تقول) ان الدليل الذي يصيرون به مسلمين ويحصل لهم به كمال الاطمئنان في غاية السهولة فان قابليتهم لمعرفة الكمالات والاعمال الدقيقة في غاية الظهور وعند السعي والجهد في تحصيلها يحصلونها ويصيرون مهرة فيها واستوضح ذلك في تطريز البنت ونحوه (ويجاب) عن عدم حكمهم بارتداده بانه من احكام الفروع على انه في الخلاف حاكم به فتأمل (نعم) هناك اشكال مشترك الالزام في الاصول والفروع وهو ان الانثى انقص عقلاً واوهن نفساً واضعف رأياً فكيف فرق الشارع بينهما فاوجب عليها المبادرة الى تحصيل المعرفة بالاصول والفروع في اول تمام تسع سنين (وقد) قيل في الجواب انهن لنقصان عقولهن لو علمن بعدم التكليف كان ادعى لهن الى المعاصي واما الذكور فلما كانوا اكثر تكليفاً واثقل حملاً حملهم اثقالهم واثقالهن صح في الحكمة ان يكون لهم فسحة ليتنجذوا ويتجربوا وهو كما ترى (وقد يقال) ان عقل البالغة تسعا تام وافر كعقل المرئة البالغة عشرين ولا كذلك البالغ اربع عشرة بالنسبة الى عقل البالغ خمس عشرة (قوله) ﴿لكن يفرق بينه وبين ابويه خوف الاستزلال﴾ يريد ان الصبي المميز وغيره لا يحكم باسلامه بالاستقلال بل بالتبعية لكن يفرق بينهما بان المميز يفرق بينه وبين ابويه وجوباً اذا اظهر الشهادتين وقد قربه في التذكرة وجزم به في التحرير وجامع المقاصد بخلاف من لا تمييز له فانه بمنزلة سائر الحيوانات (قوله) ﴿وغير المميز والمجنون لا يتصور اسلامهما الا بالتبعية﴾ لانه لا يصح اسلامهما مباشرة اجماعاً كما في التذكرة ولا حكم لاسلام الصبي بلا خلاف كما في المبسوط (قوله) ﴿وهي تحصل بامور ثلاثة﴾

(الأول) اسلام احد الابوين فكل من انفصل من مسلم او مسلمة فهو مسلم « متن »

عندنا كما في التذكرة (قوله) ﴿ الاول اسلام احد الابوين وكل من انفصل من مسلم او مسلمة فهو مسلم ﴾ اسلام الاب يكون بشيئين (احدهما) ان يكون مسلماً في الاصل فيتزوج بكتابية متعة او دواماً فولد هذا مسلم بلا خلاف كما في المبسوط اي بين المسلمين وقطعاً كما في جامع المقاصد (والثاني) ان يكونا مشركين فيسلم الاب قال في المبسوط فاذا اسلم الاب حينئذ فان كان حملا او ولداً منفصلا فانه يتبع الاب بلا خلاف ومراده بين المسلمين ايضاً وهذا يقضي باسلامه فيما اذا اسلم حال علوقه او قبله بالاولوية واسلام الام لا يكون الا بشيء واحد وهو ما اذا كانا مشركين فاسلمت هي فانهُ يحكم باسلام الحمل والولد وقد استدل عليه في الخلاف والمبسوط باجماع الفرقة وقوله والذين آمنوا الآية والاجماع ظاهر التذكرة حيث قال لا فرق عندنا بين ان يسلم الاب او الام ونحوه موضع آخر منها حيث قال لا شك في ان الولد يحكم باسلامه اذا كان ابواه او احدهما مسلماً بالاصالة او تجدد اسلامه حال الولادة ونقل الخلاف في الولد اذا انفصل عن مالك قال لا يكون الصغير مسلماً باسلام الام بل باسلام الاب ووافق في الحمل ونقل الخلاف عن الشافعية في احد وجهيها في الحكم باسلام الولد الذي تجدد تكونه قبل اسلام احد ابويه ثم اسلم احد ابويه قبل بلوغه فلما بلغ اعرب بالكفر فانهم قالوا انه كافر اصلي لا مسلم مرتد لا عن فطرة ولا ملة لانه كافر محكوم بكفره اولا وإزيل بالتبعية وهذا لم يذهب اليه احد من طائفتنا (واما المرتد عن فطرة) فقد عرفه في عدة مواضع من كشف اللثام بانهُ من انعقد حال اسلام احد ابويه او اسلم احد ابويه وهو طفل ثم بلغ ووصف الاسلام كاملاً ثم ارتد قال وانما فسرناه بما ذكرنا لنصهم على انَّ من ولد على الفطرة فبلغ فابى الاسلام استتيب قال لانه لا عبرة بعبارته ولا باعتقاده قبل البلوغ (قلت) ممن نص على الاستتابة الشيخ في المبسوط في المقام وغيره ويدل عليه انَّ الادلة الدالة على حكم الفطري انما تدل على من كان مسلماً مولوداً من مسلمين او من مسلم وكافر واسلم اسلاماً حقيقياً بان بلغ واظهر الاسلام ثم ارتد ففي الصحيح قرأت بخط رجل الى ابي الحسن عليه السلام رجل ولد على الاسلام ثم كفر واشرك وخرج عن الاسلام هل يستتاب او يقتل ولا يستتاب فكتب عليه السلام يقتل وصحيح علي ابن جعفر سأل اخاه موسى عليه السلام عن مسلم ارتد قال يقتل ولا يستتاب وخبر عمار سمع الصادق عليه السلام يقول كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام وجحد محمداً صلى الله عليه واله نبوته وكذبه فانَّ دمه مباح ولعل هذا الخبر هو الاصل في تعريف المسالك كما ستسمع وفي حسن محمد من رغب عن الاسلام وكفر وفي قوله رغب اشعار بالمسلم الحقيقي وان شمل الملي (والحاصل) ان المستفاد من الاخبار وكلام الاصحاب ما ذكرنا لان المتبادر من المرتد من كفر بعد اسلام والمتبادر من الاسلام الاسلام الحقيقي لا التبعي الحكمي والا لزم التناقض الذي اشار اليه في المسالك كما ستسمعه وذلك لحكمهم في المرتد الفطري بالقتل من غير استتابة وحكمهم بان ولده الذي ولد حال الاسلام وانعقد في تلك الحال اذا انكر الاسلام بعد البلوغ يستتاب قال في حدود المسالك ومجمع البرهان ان المشهور ان المرتد عن فطرة من انعقد حال اسلام احد ابويه وقال في الاخير وقريب منه انه الذي ارتد بعد ان ولد على الاسلام (قلت) وهذا يشمل ما اذا بقي احد ابويه على الاسلام الى حين بلوغه او ارتد وما اذا بلغ الطفل ووصف الاسلام كاملاً او لم يصفهُ وصريح كلامهم وظاهره خلاف ذلك في مواضع كما عرفت وستعرف وقال في المسالك عند قولهم فيمن علق قبل ارتداد ابيه انه ان بلغ مسلماً فلا بحث وان اختار الكفر بعد بلوغه استتيب وان حكم له بالاسلام من العلوق ولم يحتم قتله (ما نصه) بان القواعد تقضي بان المنعقد حال اسلام احد ابويه يكون ارتداده عن فطرة ولا تقبل توبته وما وقفت على ما اوجب العدول عن ذلك هنا ولو قيل بانه يلحقه حكم المرتد عن فطرة كان متوجهاً وهو الظاهر من الدروس لانه اطلق كون السابق على الارتداد مسلماً ولازمة ذلك

ولو طرأ اسلام احد الأبوين حكم بالأسلام في الحال وكذا احد الاجداد والجدات « متن »

انتهى (قلت) قد عرفت مراد القوم فلا تناقض ولا عدول ومراد الدروس كمراد غيره انه يحكم المسلم على ان قولهم لا يحتاج الى الموجب بل المحتاج اليه ماقاله(سلمنا)وما كان ليكون لكن الموجب هو الاصل والاحتياط في الدماء وانه لا عبرة باعتقاده وعباراته والاجماع عَلَى الظاهر من مجمع البرهان قال انه لا يعلم خلافاً في استتابته والاخبار الدالة بعمومها عَلَى الاستتابة مطلقاً كرسلة الحسن ابن محبوب عن غير واحد من اصحابنا عن ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام في المرتد يستتاب فان تاب والا قتل ونحوه خبر جميل وحسنة هشام او صحيحته في قوم اتوا امير المؤمنين عليه السلام فقالوا السلام عليك يا ربنا الحديث وغير ذلك من الاخبار وقال في المسالك ان الادلة المعتبرة دالة عَلَى مذهب ابن الجنيد وهي الاستتابة مطلقاً وفصل في التذكرة في المقام فقال ان من كان حين العلوق احد ابويه مسلما فاذا بلغ ووصف الكفر فهو مرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب وقوى ان من كان ابواه حين العلوق كافرين ثم اسلما او اسلم احدهما قبل بلوغه فاذا بلغ ووصف كان مرتداً مليّاً فاجرى تبعية الاسلام مجرى نفسه وقوّى في ظاهر جامع المقاصد او صريحه عدم الفرق بينهما في كونهما مرتدين عن فطرة واستنهض عَلَى ذلك اطلاق الكتاب (قلت) و ينبغي ان يقول والتحرير وهو ظاهر الدروس وستسمع عبارته(وفيه)ان المصنف صرّح بان اسلامه تبعي لا حقيقي فلا ينفعه هذا الاطلاق واستدل عليه في جامع المقاصد بان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وان كل مولود يولد عَلَى الفطرة و بما رواه عن علي عليه السلام اذا اسلم الاب جرّ الولد الى الاسلام فمن ادرك من ولده دعي الى الاسلام فان ابى قتل قال قال في الدروس وهو نص في الباب (قلت) كلام الدروس في الباب كأنهُ غير جيد قال من تبع ابويه او احدهما في دار الاسلام ثم اعترف بالكفر بعد بلوغه فانه مرتد سواء تخلق حال الاسلام او تجدد عَلَى اسلام احدهما بعد علوقه وربما فرق بينه و بين الاول بانه جزء من المسلم في الاول فيكون مسلماً فبالكفر يصير مرتداً بخلاف الثاني فانما حكم باسلامه تبعاً والاستقلال اقوى من التبع لانه انخلق من ماء كافر فاذا اعرب بالكفر لا يكون مرتداً ولهذا افترقا في قبول التوبة وعدمها والذي رواه الصدوق عن علي عليه السلام ثم ساق الرواية المتقدمة وقال انها نص في الباب ولعله اراد بالمرتد في الموضعين الفطري فيكون اراد بقوله لا يكون مرتداً انهُ لا يكون فطرياً فيكون اشار الى مذهب التذكرة وقد يكون اراد ما تقتضيه العربية والاصول والاصطلاح وهو انه لا يكون مرتداً اصلا فيكون اشار الى احد وجهي الشافعية قال في جامع المقاصد ان الذي حكاه شيخنا في الدروس ان الخلاف في كونه مرتداً فحينئذ يكون القول الآخر انهُ كافر اصلي فيكون في المسئلة ثلثة اقوال (قلت) قد عرفت ان القول الثالث لم يذهب اليه احد منا وانما هو احتمال للشافعية فلا يناسب عده قولاً ثم ان خبر الصدوق معارض بما عرفت من الاخبار المتقدمة في الامرين و بما هو مراد من عبارات الاصحاب وقد ابان ذلك خبرا بان ولا ريب ان المرتد حقيقة شرعية ليس معنى لغوياً ولا عرفياً والمقطوع من معنى الفطري ما رجحناه ومعيار الحقيقة موجود فيه ولعله لم يبق بعد اليوم في المراد من المرتد الفطري اشكال ولا تلتفت الى ما في التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس بعد انضاح السبيل ووضوح الدليل (قوله) ﴿ ولو طرأ اسلام احد الابوين حكم بالاسلام في الحال ﴾ اذا لم يكن بالغاً ولم اجد خلافاً في ذلك لا في الباب ولا في الحدود ولا الميراث الا من مالك كما مر وعليه دلّ خبر الجر وقد سمعته آنفاً بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه (قوله) ﴿ وكذا احد الاجداد والجدات ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وظاهر الاطلاق انهُ لا فرق بين كونهم وارثين او لا ولا بين كونهما للاب او الام و به صرح في التذكرة لصدق الأب عَلَى الجد ولان الاب يتبع الجد فيكون اصلاً له فيكون اصلاً للطفل بطريق اولى فان من بلغ مجنوناً يحكم باسلامه اذا كان ابوه مسلما فولد المجنون يحكم باسلامه ولان الاسلام للتغليب يكفي فيه ادنى سبب كما في

وان كان الأقرب حياً عَلَى اشكال (الثاني) تبعية السابي المسلم عَلَى راي ان سبي منفرداً «متن»

جامع المقاصد وكذا التذكرة فليتأمل فيما ذكره (ذ كر خ ل) اولا (قوله) ﴿ وان كان الاقرب حياً عَلَى اشكال ﴾ كما في التذكرة والتحرير وكذا الايضاح حيث لا ترجيح فيه وفي جامع المقاصد ان الاصح عدم الفرق وقد بين وجها الاشكال في التذكرة والايضاح بان سبب التبعية القرابة لانها لا تختلف بحيوة الاب وموته كسقوط القصاص وحد القذف ولان التبعية انما هي للاصالة وهي ثابتة في الجد لقوله تعالى الذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم وابن الابن ذرية لقوله تعالى ومن ذريته ومن ان علة التبعية القرابة وكلما كانت اقرب كان المتصف بها اولى ولان الشارع علق التبعية بالابوة وهي في الجد مجاز وفي الاب حقيقة فكانت العلة فيه اولى واقدم لانها العلة القريبة والجد علة بعيدة فكان الاب اولى وقوله صلى الله عليه وآله وسلم حتى يكون ابواه فحصر السبب في الابوين وهما حقيقة في الابوين بلا واسطة واللفظ انما يحمل عَلَى حقيقته تركناه في موت الاب لانه كالمعدوم فبقي المعنى الحقيقي في حياته وقد ضعف ذلك كله في جامع المقاصد بان احقية الابوين لا تنافي ثبوت التبعية للجدين مع ثبوت الولاية والاولوية للجد في النكاح عندنا (قلت) هذا خرج بالنص والاجماع والحكم هنا مرتب عَلَى الاب وقد حكموا بانه لا ولاية للجدين في الحضانة مع وجود الابوين الا ان نقول الاسلام مبني عَلَى التغليب فيكفي فيه ادنى سبب و يجيء الاشكال فيما اذا اسلم جد الام والاب حي او اسلم جد الاب والام حية (قوله) ﴿ الثاني تبعية السابي المسلم عَلَى راي ان سبي منفرداً ﴾ هذا الرأي بهذا القيد خيرة المبسوط والمفاتيح وجهاد الدروس وهو المحكي عن ابي علي والقاضي والشهيد في بعض فوائده و به طفحت عباراتهم في ابواب الفقه وفي التذكرة والتحرير والمسالك ان التبعية في الاسلام تحصل بثلاثة اشياء وعدوا منها اسلام السابي وقد تقدم ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه الا ان نقول ان عد السابي في التذكرة والتحرير انما هو بناء عَلَى مذهب الشيخ كما يفهم منه فيهما بعد ذلك واقتصر في جهاد الشرائع عَلَى نسبته الى القيل وفي موضعين من التحرير والتذكرة عَلَى نسبته الى الشيخ وفي موضعين من المختلف ان فيه اشكالاً وحكم بضعف مذهب الشيخ في مجمع البرهان واستشكل ايضاً في جهاد الكتاب ثم قرب الحاقهُ به اي السابي في الطهارة خاصة لاصالتها السالمة عن معارضة يقين النجاسة وهو خيرة ولده في موضعين من الايضاح والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو المحكي عن ابن ادريس وقال في الايضاح ان والده اختاره في آخر عمره وفي مجمع البرهان ان ظاهر كلامهم ان لا خلاف في طهارته (قلت) قد حكي في التذكرة في الباب عن احد وجهي الشافعية انه لا يحكم باسلامه واستجوده وقضيتهُ انهُ لا يحكم بطهارتهِ وهو الذي نبه عليهِ في الايضاح من قوله عَلَى رأي في عبارة الكتاب وقد يستدل عَلَى الحكم باسلامه بوجوه (الاول) استمرار الطريقة واستقامة السيرة في الاعصار والامصار عَلَى تغسيله وتكفينه والصلوة عليه ان بلغ الست ان مات قبل البلوغ وما سمعنا انهم يحرمون ذلك و يمنعون منهُ لانهُ كافر ولا سمعنا ولا وجدناه انهم يترقبون بلوغه و يراعونه عند ظهور الامارات المفيدة للظن باختبار عانته او بتكرار الاقرار بالشهادتين في كل وقت و يبادرونه باستنطاقه باظهار الاسلام عند البلوغ و يجتنبونه قبل الاظهار ولو بلحظة لانهُ كافر عند بلوغه حتى يظهر الاسلام ووجدناهم لا يبيعونهُ للمخالف فضلاً عن الكافر وهو اكثر من ان يحصى في الكرج عند الملوك والتجار خصوصاً في الاناث و ينبغي عَلَى قولهم انهُ اذا اعتقهُ مولاه ومات قريبه المسلم الذي لا وارث له غيره قبل بلوغه انهُ لا يرثه (الثاني) ان الحكم بالطهارة من دون الاسلام غير معهود من الشرع الا في ولد الزنا قبل بلوغه عَلَى قول الا ان نقول ان ذلك غير ضائر لعدم القائل بالنجاسة (قلت) قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة والايضاح (الثالث) انا لم نجد احداً عد ذلك من المطهرات المعدودة (الرابع) انهُ نجس قبل الاسر قطعاً فيجب استصحابها وهو اصل سالم عن يقين الطهارة فهو اما مسلم او نجس الا ان يتحقق الاجماع عَلَى طهارته خاصة واوهن شيء استدلالهم

ولو كان معه احد ابويه الكافرين لم يحكم باسلامه ولو سباه الذمي لم يحكم باسلامه وان باعه من مسلم (الثالث) تبعية الدار وهي المراد فيحكم باسلام كل لقيط في دار الاسلام (متن)

بلزوم الحرج كما ستسمع لانهُ غير صالح لتأسيس الاحكام لتخلفه في موارد اعظم حرجاً منهُ واكثر ضرراً ولم يقل احد بالحكم بالطهارة للحرج ومن الحرج ما اذا سباه مصاحباً لاحد ابويه اولها وماتا او بقيا كافرين فانهُ في الصورتين كافر لا يتبع السابي (الخامس) انا وجدنا بعضهم يأخذه مسلماً منهم كاشف اللثام في باب القصاص (السادس) ما ذكره في الايضاح من ان السبي ابطل حريته فتبطل تبعية الابوة وتبعية الدار هنا منتفية عنه ولا بد من طريق الى اسلام الطفل لان الاسلام لطف فلا يمنعه فيتعين الطريق في السابي (السابع) قوله صلى الله عليه وآله وسلم وانما ابواه يهودانه الحديث فاذا انقطع عنهما وزالت المعية انتفى المقتضي لكفره فيرجع الى ما ولد عليه وهو الفطرة (وقد يقال) ليس في جميع ما ذكرت ما يعول عليه ويستند اليه والخبر ليس من طرقنا (سلمنا) صحة الاحتجاج به لاستدلال اصحابنا به وشهرته لكنهُ متروك الظاهر والا لزم ان لا يكون هناك مرتد عن ملة لانهُ نطق بان كل مولود يولد على الفطرة ولذا قال علم الهدى ان المراد انهُ يولد ليكون على الفطرة وهذا الكون انما يتحقق بعد البلوغ فلا دلالة فيه (سلمنا) لكن ذلك يتحقق بوجوده معهاوقتاً ما والدليل عليه الاجماع على نجاسته قبل السبي فان سببها ليس الا تأثيرهما فيه ومن ذلك يتضح الحال في دليل الايضاح لانا نمنع انقطاع تبعيته لابويه بمجرد مفارقته لها على انهُ منقوض بما لو ماتا عنهُ بعد سبيهما معهُ فان الشيخ لا يحكم باسلامه حينئذ وكذا لو انفرد ولد الذميين عنهما والقول بان العلة مركبة من المفارقة وملك المسلم ودار الاسلام ففيه ان احداً لم يدع ذلك وانما حقيقة دليلهم يرجع الى الملك والمفارقة واما دار الاسلام فلم تؤخذ في دليل الخاصة ولا العامة ولو اخذت قضت بانهُ لو تاجر به من اول ما اخذه الى بلاد الكفر واقام بها انهُ لا يتبعه على ان هذا التركيب يحتاج الى هذا الدليل وبعد هذا كله فالظاهر اتفاق كلمة من تعرض لهذا الفرع على الطهارة وعبارة التذكرة وما يعطيه كلام الايضاح ليس نصاً ولا ظاهراً في النجاسة فيؤول لان فيقتصر في الرخصة على موضع اليقين والا فالمعترض على كل من ادلة القولين مستظهر اذ ادلة القائلين بالطهارة اصالتها ولزوم الحرج وقد عرفت الحال فيهما (قوله) ﴿ ولو كان معه احد ابويه الكافرين لم يحكم باسلامه ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا خلاف فيه لان التبعية للابوين هي الاصل فتقدم على السابي وقال احمد انه يتبع السابي (قوله) ﴿ ولو سباه الذمي لم يحكم باسلامه ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الذمي لا حظ له في الاسلام وفي احد وجهي الشافعية انهُ يحكم باسلامه لانه اذا سباه صار من اهل دار الاسلام لان الذمي من اهلها (قوله) ﴿ وان باعهُ من مسلم ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان بيعه منه لا يقضي باسلامه لان تملكه له طرأ عليه وهو كافر رقيق وانما تحصل التبعية له في الابتداء لان عنده يتحقق تحول المال كما في التذكرة (قوله) ﴿ الثالث تبعية الدار وهي المراد ﴾ اي في اللقيط اذ لا معنى لتبعية الابوين والسابي في اسلام اللقيط ومن ثم اقتصر عليها المحقق في الشرائع (قوله) ﴿ فيحكم باسلام كل لقيط في دار الاسلام ﴾ مطلقاً ذكره الاصحاب كما في الكفاية وقد عرف دار الاسلام في الدروس بانها ما ينفذ فيها حكم الاسلام فلا يكون بها كافر الا معاهداً قال فلقيطها حر مسلم وحكم دار الكفر التي تنفذ فيها احكام الاسلام كذلك اذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاد ولو واحداً اسيراً وفي معناهما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار اذا علم بقاء مسلم فيها صالح للاستيلاد وعرف دار الكفر بانها ما ينفذ فيها احكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم الا مسالماً قال ولقيطها محكوم بكفره ورقه الا ان يكون فيها مسلم ولو تاجراً او اسيراً او محبوساً ولا تكفي المارة من المسلمين وقال في المبسوط دار الاسلام على ثلثة اضرب (بلد) بني في الاسلام لم يقر بهُ المشركون كبغداد والبصرة فلقيطها يحكم باسلامه وان جاز ان يكون لذمي لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (والثاني) كان دار كفر فغلب عليها المسلمون او اخذوها صلحاً واقروهم على ما

الا ان يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره ويكفر كل لقيط في دار الحرب الا اذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحدا تاجرا اواسيرا « متن »

كانوا عليه على ان يؤدوا الجزية فان وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك مسلم مستوطن فانهُ يحكم باسلامه لما ذكرنا وان لم يكن هناك مسلم اصلاً حكم بكفره لان الدار دار كفر (والثالث) دار كانت للمسلمين وغلب عليها المشركون مثل طرسوس فاذا وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك مسلم مستوطن حكم باسلامه والا فلا قال ودار الحرب مثل الروم فان وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك اسارى فانه يحكم باسلامه وان لم يكن اسارى ويدخلهم التجار قيل فيه وجهان احدهما الحكم باسلامه والآخر الحكم بكفره وفي التذكرة جعل دار الاسلام دارين وهما الضرب الاول والثاني اللذان في المبسوط وجعل الثالث المذكور اخيراً في المبسوط دار كفر فدار الاسلام عنده داران ودار الكفر داران وقال في جامع المقاصد ان المراد بدار الاسلام في عبارة الكتاب اما دار خطها المسلمون كبغداد او دار فتحها المسلمون كالشام وحكى عن الدروس تعريف دار الاسلام وقد سمعتهُ وقال انهُ اضبط وليت شعري من اين عرف ان مراد المصنف احد الدارين فلعله ارادهما معاً كما ذكره في التذكرة (وكيف كان) فعدم الضرب الثاني من بلاد الاسلام يدل على انه لا يشترط في بلاد الاسلام ان يكون اهلها مسلمين بل يكفي كونها في يد الامام واستيلائه عليها فكان المراد من دار الاسلام غير المراد من سوق المسلمين فان سوق الاسلام الذي يحكم على لحومه وجلوده بالطهارة لا يكفي فيه المسلم الواحد ولا يصدق على السوق حينئذ سوق المسلمين وان كان اصل البلد للمسلمين ﴿ قوله ﴾ الا ان ملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره ويكفر كل لقيط في دار الحرب الا اذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحداً تاجراً او اسيراً ﴾ قد استوفينا الكلام في المقام في البيع في الفصل الثالث في انواع المبيع واستظهرنا ان الكلمة متفقة على ان من التقط لقيطاً من دار حرب لم يملكها المسلمون او اخذها الكفار من المسلمين وقد وجد فيها مسلم ساكن مستوطن ولو للتجارة يمكن كون ذلك الولد منهُ فانهُ حر كما طفحت بذلك عباراتهم في البابين وقلنا ان الشيخ في المبسوط متوقف في التاجر ونزلنا على ما استظهرناه العبارات الدالة على ان احتمال كون الولد من مسلم ولو كان الاحتمال بعيداً ضعيفاً يمنع من استرقاقه لانهُ قد طفحت عباراتهم بانه لا اعتبار بالطرق والاجتياز والمرور اذ لا تبعية في وقت التكون لانتفاء التقدم لمكان الاصول الكثيرة وان عورض بعضها ومثله ما اذا تجدد خروجه قبل الالتقاط لانتفاء المقتضي للتبعية وهو وجوده حينئذ والمراد بالخروج الخروج الذي يندر معه ابقائه بعض ولده في البلد من بعده وتأملنا في المحبوس وان اعتبره في الدروس ولا سيما اذا كان في المطامير ولا ريب انه غير الاسير وقلنا ان البناء على الاحتمال البعيد جداً والاكتفاء بمجرد الطرق والمرور او الوجود ولو مقيداً في الحبس بالقيود يجعل المسئلة مجرد فرض والا اشكل الامر خصوصاً على الملتقط الاول اذا الاحتمال البعيد قائم لا يكاد ينكر وان كان اخذه منه لا اشكال فيه لانه مسلم بل استبعد المولى الاردبيلي ما استظهرنا اتفاق الكلمة عليه لان العقل يجد الحاقه بالاعم الاغلب اولى كما في غيره من المقامات قال الا ان يكون اجماع او نص وبينا ان الاصل في ذلك ان الاصل في بني آدم الحرية اجماعاً فلا يلتفت هنا الى ان الاصل بمعنى الراجح كونه من غير المسلم الساكن وان الاصل عدم كونه من مسلم معارض بمثله وان قضية ذلك الاكتفاء بمجرد وجود المسلم حين انعقاد نطفته ولما كان العلم بوجود المسلم حال انعقاد النطفة متعذراً جعلوا السكنى دليلاً على ذلك فالمدار على السكنى الدالة على تحقق وجود المسلم الذي يمكن ان يكون منه ولا كذلك المار لان الاصل عدم كونه في البلد حال انعقاد نطفة الولد فتأمل ومنه يعلم حال المحبوس وان المسلم في كلامهم لبيان الجنس فيشمل المسلمة فلو كان اللقيط معروف الاب مجهول الام وفي بلد الحرب امرأة مسلمة يمكن تولده منها كان حراً هذا كلام الاصحاب وما يتعلق به (واما اخبار الباب) فيحمل اطلاق الحكم فيها بالحرية في المنبوذ واللقيط على الافراد

فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار (الثالث) الجناية وعاقلة اللقيط الامام اذا فقد النسب ولم يتوال احدا دون الملتقط فان جنى عمدا اقتص منه وخطأً يعقله الامام وشبيه العمد في ماله « متن »

المتكثرة الشايعة وهو ما كان في بلاد الاسلام خصوصاً اذا لحظنا زمن ورودها او في بلاد الحرب الذي فيها مسلم ساكن مقيم او مسلمون مقيمون مستوطنون ووجود اللقيط في دار الحرب الذي ليس فيها مسلم ساكن ولو تاجراً مستوفزاً او اسيراً او محبوساً نادر جداً فلعله غير داخل في اطلاق الاخبار المذكورة فليتأمل جيداً وتمام الكلام ونقل العبارات في باب البيع (قوله) ﴿فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار﴾ لانها امارة ظنية تفيد الظن لانه يستدل بالمعلول على شيء آخر بخلاف مباشرة الاسلام وتبعية احد الابوين او السابي فانه برهان لمي يفيد العلم يستدل فيه بالعلة على المعلول فتأمل جيداً ومن حيث سبق الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلام وقال في المبسوط الاقوى انه لا يقتل بل يفزع ويهدد ويقال حكمنا باسلامك ترجع الى الاسلام انتهى قال في الايضاح فهو غير جازم بردته وقرب في التذكرة والدروس انه لا يحكم بردته وقواه في الايضاح لان اعرابه بالكفر كاشف عن كفره الاصلي ووجهه في التذكرة بان الحكم باسلامه وقع ظاهراً لا باطناً بدليل انه لو ادعى ذمي بنوته واقام بينة على دعواه سلم اليه ونقض الحكم باسلامه فاذا بلغ ووصف الكفر كان قوله اقوى من ظاهر اليد ولهذا لو حكمنا بحريته بظاهر الدار ثم بلغ واقر بالرق فانه يحكم عليه بالرق وفي التحرير الجزم بانه مرتد يستتاب والا قتل وقد نفى البعد في جامع المقاصد عن كونه مرتداً لسبق الحكم بطهارته واجراء احكام اولاد المسلمين عليه ولان الاسلام هو الاصل لان كل مولود يولد على الفطرة ومراده انه مرتد عن فطرة بناء على ما سلف له وعبارة التحرير تقضي بانه مرتد عن ملة او يكون اراد ان حاله حال اولاد المسلمين اذا ارتدوا على المختار عندنا (وانت خبير) بانه ان كان التردد والنزاع في كونه مرتداً عن فطرة فلا وجه له بل ينبغي الجزم بالعدم كما عرفت مما ذكرناه في معناه فيما تقدم وان كانا في كونه مرتداً عن ملة فالظاهر انه ليس بمرتد ايضاً لانه لا عبرة بعباراته ولا باعتقاده فليتأمل (قوله) ﴿الثالث الجناية وعاقلة اللقيط الامام اذا فقد النسب ولم يتوال احداً دون الملتقط﴾ عاقلة اللقيط الامام اجماعاً كما في ظاهر التذكرة والمسالك حيث قيل فيهما عندنا لان ميراثه له فانه وارث من لا وارث له وعند العامة ان عاقلته بيت المال لان ميراثه له وهو خيرة المبسوط كما ستسمع وفي المقنعة والنهاية فان لم يتوال احداً حتى مات فولائه للمسلمين وستسمع تحرير المقام ولا يخفى ان الامام عاقلته صغيراً كان او كبيراً فان جنى صغيراً عمداً او خطأً كانت الدية على الامام لان عمده عندنا خطأ وكذا اذا جنى كبيراً خطأً فاجود العبارات في الباب عبارة الارشاد واللمعة حيث قيل فيهما عاقلته الامام من دون القيدين المذكورين في الكتاب والشرائع وغيرهما لان الثاني يختص بالبالغ لان الموالاة انما تعتبر بعد بلوغه وعليه اي الثاني اقتصر في النافع والتحرير وفي الشرائع حزازة اخرى قال عاقلة اللقيط الامام اذا لم يظهر له نسب ولم يتوال احداً سواء جنى عمداً او خطأً ما دام صغيراً فاذا بلغ ففي عمده القصاص وفي خطائه الدية على الامام انتهى وقد عرفت ان المولاة انما تعتبر بعد البلوغ فكيف يحسن قوله ما دام صغيراً (واعلم) انه في الروضة قال بعد بيان انه لا ولاء عليه للملتقط ولا لاحد من المسلمين خلافاً للشيخ ولعله اشار الى ما ستسمعه عن النهاية من قوله كان ولائه للمسلمين لكن ذلك موجود في المقنعة ايضاً كما ستسمع ذلك قريباً (قوله) ﴿فان جنى عمداً اقتص منه﴾ كما في المبسوط وغيره ان كان بالغاً (قوله) ﴿وخطأً يعقله الامام﴾ عندنا كما في التذكرة وفي المبسوط ان عاقلته بيت المال سواء كان كبيراً او صغيراً لانه حر مسلم لا عاقلة له ولان نفقته في بيت المال قال وايضاً لا خلاف فيه وظاهره ارادة بيت مال المسلمين لا بيت مال الامام وستسمع تمام الكلام (قوله) ﴿وشبيه العمد في ماله﴾ كما في الشرائع وغيرها ولو كانت جنايته على مال

فان قتل عمدا فللامام القصاص وخطأً الدية ولو جني عَلَى طرفه فالاقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص او الدية له ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم « متن »

فالضمان عليه لا غير مطلقاً سواء اتلفه عمداً ام خطأ وينتظر به يساره اذا لم يكن بيده مال (قوله) فان قتل عمدا فللامام القصاص وخطأ الدية له اي للامام كما هو مذهبنا كما في التذكرة وبه صرحت عباراتهم كما ستسمعها وميراثه للامام عندنا كما في موضع آخر منها وكأن المتأخرين مطبقون عليهما اما بتصريح او بظهور الا المصنف في الثاني فيما سيأتي وقال في المبسوط فان كان عمدا فانه للامام فان رأى المصلحة ان يقتص اقتص وان رأى العفو عَلَى مال و يدعه في بيت المال لمصالح المسلمين فعل وان كانت الجناية خطأ فانها توجب المال فيؤخذ و يترك في بيت المال بلا خلاف وفي الخلاف اللقيط اذا مات ولم يخلف وارثاً فميراثه لبيت المال و به قال جميع الفقهاء دليلنا اجماع الفرقة وقد اراد ببيت المال هنا بيت مال المسلمين لمكان نسبته الى جميع الفقهاء ومثله في المقنعة قال فان لم يتوال احدا حتى مات كان ولائه للمسلمين وان ترك مالاً كان ما تركه لبيت مال المسلمين ونحوه ما في النهاية من دون تفاوت غير انه قال كان ما تركه لبيت المال وهو صريح الكتاب فيما سيأتي وقد حمل في السرائر كلام الشيخ في المقام وغيره عَلَى ان المراد ببيت المال بيت مال الامام وقال في آخر المواريث انه قال في المبسوط اذا قلت بيت المال فمقصودي بيت مال الامام وقال في السرائر في مقام آخر اذا وردت لفظة انه للمسلمين او لبيت المال فمراده اي الشيخ بيت مال الامام وانما اطلق القول بذلك لما فيه من لان بعض لا يوافقه عليه هكذا اورده شيخنا في الجزء الاول من مبسوطه وهو الحق اليقين و يشهد له انه في الخلاف قال بعد ما نقلناه عنه بار بع مسائل ميراث من لا وارث له لامام المسلمين وقال جميع الفقهاء انه لبيت المال وهو لجميع المسلمين دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم انتهى وهذا ان تم في جميع كلمات الشيخ والا فهو في الكتابين لا يزال يخالف لا يتم في كلام المفيد ثم ان الشيخ هنا قال لمصالح المسلمين لكنه لم يختلف اثنان في ان ميراث من لا وارث له للامام و به نطقت الاخبار وهل له في صورة العمد العفو عَلَى مال لا اجد في ذلك خلافاً في المقام وقد قيد في التذكرة والتحرير في المقام ان العفو عَلَى مال برضا الجاني وعليه الاكثر في باب الديات ونحن قوينا هناك ان الجاني يجب عليه دفع المال اذا رضي الولي به و يجبره الحاكم لا الجاني واسبغنا الكلام فيه واستوفيناه (قوله) ولو جني عَلَى طرفه فالاقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص او الدية له كما في الارشاد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وكذلك الايضاح وفي الشرائع لو قيل به كان حسناً وجوز له في التذكرة استيفاء القصاص فقط ومنع فيها من جواز استيفاء الدية والشيخ في المبسوط منع منهما ونسب في المسالك جوازهما الى الاكثر (وحجتهم) ان ولايته ثابتة فجاز له الاستيفاء كغيره من الحقوق وان القصاص شرع لحفظ النفس وتأخيره مع بذله ترك للغاية وقد يفوت استدراكها بفوات المحل ولا اعتبار بارادة المجني عليه وقت البلوغ لان المعتبر وقت الجناية واهليته حينئذ مفقودة وهذا معنى قوله في الشرائع لا معنى للتأخير (واحتج) في المبسوط لعدم القصاص بان القصاص للتشفي وهذا ليس من اهله ولعدم اخذ المال بانه اذا بلغ ربما طلب القود وقال انه مثل الصبي الذي حصل له قصاص فانه ليس لابيه ان يقتص ولا للحاكم ولا للجد وقد تقدم الكلام في هذه المسائل مستوفى اكمل استيفاء في باب الحجر وكذلك في باب القصاص والديات وقد نقلنا كلامهم في الابواب الثلثة وحججهم نقضاً وابراماً و بينا ما يلزم كلام الشيخ وفرّعه هو عليه من حبس الجاني الى وقت بلوغه وغير ذلك هذا (واما المجنون) فانه يعتمد في امره المصلحة جزماً وفي التحرير انه لو بلغ فاسد العقل تولى الامام استيفاء حقه اجماعاً وفي المبسوط اذا كان الصبي معتوهاً لا بأخذ المال ان كان موسراً والا اخذ (قوله) ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك

ولو اخذ الحاكم الارش في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ من ان اخذ المال للحيلولة او لاسقاط القصاص (الرابع) الحرية فان لم يدع احد رقه فالاصل الحرية

ومجمع البرهان لانه لا ولاية له الا في الحضانة (قوله) ﴿ ولو اخذ الحاكم الارش في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ من ان اخذ المال للحيلولة او لاسقاط القصاص ﴾ (الوجه الاول) من وجهي الاشكال قول الشيخ في المبسوط في مثل الفرض فانه ذهب الى ان للولي العفو عن القصاص عَلَى مال لان المولى عليه اذا كمل كان له القصاص قال في باب القتل فاما اذا كان الوارث واحداً وله اب او جد مثل ان قتلت امه وقد طلقها ابوه فالقود له وحده فليس لابيه ان يستوفيه بل يصبر حتى اذا بلغ كان ذلك اليه سواء كان طرفاً او نفساً وسواء كان الولي اباً او جداً والوصي الباب واحد فاذا ثبت انه ليس للوالد ان يقتص لولده الطفل او المجنون فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي و يفيق المجنون لان في الحبس منفعتهما معاً للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق فاذا ثبت هذا فاراد الولي ان يعفو عَلَى مال فان كان الطفل في كفاية لم يكن له ذلك لانه يفوت عليه التشفي وعندنا له ذلك لان له القصاص عَلَى ما قلنا اذا بلغ فلا يبطل التشفي ثم نقل الخلاف بين العامة فيما اذا كان معسراً واراد ان يعفو الولي عَلَى مال واختار ان له العفو ايضاً وللصبي القصاص اذا بلغ وظاهره الاجماع ومعناه انه يصالح فضولاً عنه فان بلغ واجاز فذاك والا كان حقه باقياً ولم يتعرض للحيلولة وانما هو (هي خ ل) احد وجهي الشافعية ويمكن تصوير الحيلولة بان يقال انه لما كان الواجب القصاص وانما الدية بدل منه لتعذره فكان لما جنى عَلَى الصبي الذي لا يجوز لوليه ولا له استيفاء القصاص كأنه قد حال بجنايته عليه بينه و بين القصاص فاشبه حيلولة الغاصب و بهذا يندفع عنه ما اورد عليه في التذكرة والايضاح وكذلك جامع المقاصد بان التضمين للحيلولة انما هو اذا كانت من قبل الجاني كما لو غيب الغاصب المغصوب او ابق العبد من يده وهنا لم يأت العذر من قبله (قلت) بما قررناه جاء العذر من قبله وقد عرفت ان الشيخ لم يتعرض للحيلولة قالا وايضاً لو كان للحيلولة لجاز الاخذ فيما اذا كان المجني عليه صبياً غنياً كذا قال في التذكرة (قلت) قد عرفت ان الشيخ يجوز الاخذ حينئذ وقال في الايضاح لو كانت للحيلولة لجاز اخذها للصبي المميز (قلت) ان اراد اخذ الولي له فقد عرفت ان الشيخ يجوزه سواء كان مميزاً ام لا وان اراد اخذ الصبي فظاهر الفساد و يندفع ايضاً ما قاله في جامع المقاصد من انه بعد تحرير محل النزاع يسقط هذا الاشكال بان يقال اخذ المال ان كان بغير رضا الجاني في العمد فهو ممنوع منه لا اثر له و يبقى الحكم كما كان ولا دية ولا حيلولة وان كان برضاه فانما يكون عوضاً عن القصاص لانه الغرض فان المفروض انه لم يدفعه هبة ولا تبرعاً فان صح اخذه عوضاً وجب الحكم بسقوط القصاص انتهى وجوابه انه اخذه برضاه والتماسه عوضاً عن القصاص ان اجاز الصبي بعد بلوغه ثم انك قد عرفت ان ظاهر المبسوط الاجماع عليه (والوجه الثاني) من الاشكال خيرة جامع المقاصد واليه مال في التذكرة والايضاح لما سمعت ولا ترجيح في الدروس (قوله) ﴿ الرابع الحرية فان لم يدع احد رقه فالاصل الحرية ﴾ بمعنى الاستصحاب و بمعنى الراجح و بمعنى القاعدة التي قام الاجماع عليها و بمعنى عدم الرقية فيكون الاصل الحرية (اما الاول) فلان كل انسان ينتهي في الولادة الى آدم عليه السلام فتستصحب الحرية الى ان يثبت خلافها (واما الثاني) فلان الاغلب عَلَى اهل الدار الاحرار والارقاء مجلوبون اليها وليسوا من اهلها فكما يحكم بالاسلام للدار يحكم بالحرية لها (واما الثالث) فقد قال ابن المنذر اجمع عامة اهل العلم عَلَى ان اللقيط حر ورويناً ذلك عن علي عليه السلام وعمر بن الخطاب و به قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم ومالك والثوري والشافعي واحمد واسحق واصحاب الرأي بل في التذكرة اذا التقط في دار الحرب ولا مسلم فيها اصلاً فالاقرب عندي الحكم بحريته لكن تتجدد الرقية بالاستيلاء عليه وان قال علمائنا انه يكون رقاً (قلت) قد نبهنا عَلَى ذلك في باب الحيوان وقلنا ان مذهبه ان الاستيلاء شرط في الرقية (واما

ويحكم بها في كل مالا يلزم غيره شيئاً فيملكه المال ونغرم من اتلف عليه شيئاً وميراثه لبيت المال وان قتله عبد قتل وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق فحينئذ تجب الدية اواقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال « متن »

الرابع) فان الرقية انما تثبت بالكفر الاصلي والسبي والجلب والاصل عدم هذا الوصف (قوله) ﴿ فيحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً ﴾ المراد الزام الغير شيئاً لا يلزم على تقدير الرقية كالقصاص ان قتله حر فان المصنف سيقرب سقوط القود وهذا لبعض الشافعية ولم نجد من جزم به من طائفتنا كما ستعرف بل الظاهر خلافه (قوله) ﴿ فتملكه المال ونغرم من اتلف عليه شيئاً ﴾ اما (الاول) فلانه لا مانع منه فيجب اجرائه على الاصل وقد تقدم الكلام في ذلك (واما الثاني) فلان الاتلاف يقضي بالضمان (وعساك تقول) ان هذا التغريم يقضي بالزام الغير شيئاً وقد تقدم منعه (لانا نقول) هذا التغريم ثابت على تقدير الحرية والرقية فليس الضمان واخذ العوض بسبب الحرية بخلاف القصاص فانه انما يثبت بسببها اي الحرية (قوله) ﴿ وميراثه لبيت المال ﴾ هذا هو ما اشرنا اليه فيما سلف وقد تقدم الكلام فيه (قوله) ﴿ وان قتله عبد قتل ﴾ وجهه ظاهر (قوله) ﴿ وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق فحينئذ تجب الدية او اقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال ﴾ قال في المبسوط فان جني عليه فان كان عمداً فانه الى الامام فان رأى المصلحة ان يقتص اقتص ومثله مافي الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها واطلاق هذه العبارات متناول لما اذا كان القاتل حراً او عبدا بل الحر هو المتبادر ووجهه ان الشارع قد حكم بحريته لقوله اللقيط حر والمنبوذ حر فقد جعل الدار سبباً في حرية المجهول فلو لم تكن سبباً ولا مستلزمة للسبب لم يصح جعلها سبباً ودليلاً فلذلك اجرينا عليه باقي احكام الحرية مثل منا تحته فيجب اجراء الجميع او منع الجميع لان الشرط واحد واحتمال كونه في الواقع رقاً لا يجدي لما ذكرناه ولعموم قوله جل شأنه النفس بالنفس خص بمن علمت عبوديته ورقيته وكفره وبقي الباقي والمصنف هنا قرب سقوط القود للشبهة بمعنى عدم القطع بثبوت الحرية لاحتمال الرقية فهو في العبارة عطف تفسير ولان دم المسلم لا يقنع فيه بالظن بل لا بد من اليقين ولا يقين مع قيام الشبهة واحتمال الرق ولان فارط الدماء لا يستدرك فيجب فيه رعاية الاحتياط ولان سبب القود حرية المجني عليه ولم تعلم والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب وقد عارض اصل الحرية اصل برائة ذمة الجاني مما تستلزمه حريته وهذه كما ترى مدفوعة بالنص الصحيح ولما حكم بسقوط القود قال فتجب الدية او اقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال فيهما ينشأ من انه حر في نظر الشارع وقد حكمنا بسقوط القود للشبهة فيجب الانتقال الى الدية ومن الشك في الحرية والرقية فيجب اقل الامرين لانه المتيقن والزائد مشكوك للشك في سببه كذا وجه الاشكال في جامع المقاصد ثم قال ولقائل ان يقول ان الواقع لا يخلو من رقيته او حريته فلا بد من احدهما وعلى اي تقدير كان فلا يكون الواجب واحدا من الامرين المذكورين لانه ان كان حرا فالواجب القصاص لا الدية والاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله فان الجاني ربما رضي بالقصاص فقهره على الدية الزام له بما لم يثبت عليه فيكون باطلاً وان كان رقاً فالواجب هو القيمة لا الدية فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كل من التقديرين الذي انحصر الواقع فيهما وكذا يمتنع كون الواجب هو اقل الامرين مطلقاً على كل من تقديري الحرية والرقية على انه يؤدي الى اسقاط حق معلوم الثبوت قطعاً وذلك اذا قطع منه طرفان احدهما اكثر قيمة والآخر اكثر دية وحيث بطلت اللوازم كلها تعين الحكم بالقصاص (ونحن نقول) الاشكال انما هو في الثاني كما هو ظاهر التذكرة او صريحها وصريح الايضاح وهو الموافق للنظر ومنشأه من ان الاقل هو المتيقن والزائد مشكوك فيه والاصل عدمه ومن ان الشارع حكم بحريته فالمقتضي لكمال الدية وهو حكم الشارع بها وان كان مظنوناً موجود والمانع وهو التحري على الدماء مفقود وهذا هو الظاهر ان قلنا بعدم القصاص ولا

وان ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولا منها اذا استندت الى الالتقاط وان استندت الى غيره حكم ظاهراً عَلَى اشكال «متن»

نظر لنا الى الواقع بعد حكم الشارع بالحريه وقضيه ذلك ان يتعين القصاص لكن منع منه مانع من قاعدة اخرى عند المصنف فكان حرا عنده يجب في قتله الدية فلم تكن اللوازم كلها باطلة لان هذا اللازم غير باطل في نظر الشارع عند المصنف بل لا يمتنع عَلَى هذا حيث بطل القصاص عنده كون اللازم هو اقل الامرين وان ضعف جدا والضعف غير الامتناع بل لا يمتنع كون الواجب اقل الامرين من دية عبد لذمي او دية ذمي لولا ان الاسلام اقوى من الحرية ولهذا يحكم عَلَى الحمل بالاسلام لاسلام احد ابويه بعد وجوده بل و بعد انفصاله قبل بلوغه ولا يحكم عليه بالحرية لو اعتق وله ولد صغير ولهذا قدر المصنف المسئلة في احتمال الرق ولم يقدرها في احتمال الكفر (وقوله) ان الاحتياط معارض بمثله فيه (اولاً) ان المماثلة بعيدة جدا وقد قدموا في باب القصاص والديات الاحتياط في الدماء عَلَى الاحتياط في الاموال في مواضع لا تحصى (وثانياً) انا قد بينا في باب القصاص ان الولي لو اختار الدية وجب عَلَى الجاني دفعها لكنه لا يجبره الولي عليها وانما يجبره الحاكم اذا ترافعا اليه وقد تطابقت ظواهر النصوص والفتاوى فيما اذا قتل جماعة واحدا عَلَى ان لوليه ان يختار قتل واحد وانه يجب عَلَى الباقين ان يردوا عليه ما فضل له وليس لهم ان يقولوا انا لا نؤدي فليقتص منا وهذا يؤيد ما قلناه (وقوله) عَلَى انه يؤدي الى آخره فيه انه لا يصح ان يكون قيمة طرف العبد اكثر من ديته لو كان حرا لانه لا يتجاوز بقيمته ولا بقيمة طرفه اكثر من دية الحر ودية طرفه كما صرحوا به في باب الديات وباب الغصب لان الضابط في دية اعضاء العبدان تنسب الى دية الحر ثم الى قيمة مجموعه فان زادت عن دية الحر ردت اليها نعم يتصور ذلك فيما اذا كان مغصوباً والمفروض هنا خلافه وبيان ذلك مستوفى في باب الغصب (قوله) ﴿وان ادعى رقه لم يقبل (تقبل خ ل) من غير صاحب اليد﴾ اذا ادعى رق اللقيط اوغيره من الصغار المجهولي النسب مدّع ولا يد له عليه لم تقبل دعواه الا بالبينة كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان الظاهر الحرية فلا تترك الا بحجة بخلاف ما لو ادعى نسبه فانه يقبل وان لم يكن له عليه يد لان في ذلك مصلحة للطفل واثبات حق لهُ وفي القبول هنا اضرار به واثبات رق عليه وادّعي في العبارة مبني للمجهول اي اذا ادعى مدع رقيته كما اشرنا اليه او للمعلوم ومرجع الضمير ما سبق في قوله فان لم يدع احد رقيتة اي وان ادعى احد رقيته (قوله) ﴿ولا منها اذا استندت الى الالتقاط﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتحرير بالاولوية للعلم بان سببها الالتقاط الذي لا يفيد الملك والاصل الحرية فلا تسمع دعوى الرقية بغير حجة وذلك لا ينافي الكلية القائلة بان كل من ادعى رقية صغير في يده ولا تعلم حريته فانه تسمع دعواه لانها مقيدة بغير اليد التي عرفنا استنادها الى التقاط منبوذ حكمنا بحريته وليس ذلك كدعوى المال الذي التقطه لانه مالك عَلَى كل تقدير فليس في دعواه تغيير عن صفته وفي دعوى رقية اللقيط تغيير لصفة اثبتها الشارع ولا فرق في الصبي بين الصغير والكبير لسلب عبارته وان كان مميزاً وقوله ولا منها عَلَى حذف مضاف تقديره ولا من صاحبها اي اليد (قوله) ﴿وان استندت الى غيره حكم ظاهراً عَلَى اشكال﴾ كما في جامع المقاصد حيث استشكل ايضاً وقال في الايضاح الاصح عندي وعند والدي عدم قبول دعوى ذي اليد هنا بالرق بغير بينة شرعية وقد حكى عن المبسوط في الايضاح وجامع المقاصد انه يحكم له بشهادة اليد مع اليمين ومعناه انه اذا شهدت له البينة باليد حلف معها يميناً وثبت رقه كما صرح هو به فيرجع بالآخرة الى قبول قول ذي اليد مع اليمين كما يأتي وقضي له بالملكية في التذكرة من دون ذكر يمين قال لان الظاهر ان من في يده شيء وهو متصرف فيه تصرف السادات في العبيد انه ملكه ولم يعرف حدوثها بسبب لا يقتضي الملك انتهى (وفيه) انه اذا كان لشخص عَلَى آخر يد وسلطنة يكون محكوماً بكونه رقاً له بلا اشكال فكيف استشكل هو هنا ثم ان الفرض عَلَى هذا الا يكاد يتصور فان اللقيط

فان بلغ وانكر ففي زوال الرق (الذي ثبت ظاهرا اخ) اشكال ولو اقام بينة حكم بها سواء اطلقت اواستندت الى سبب كارث اوشراء ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشا من انها قد تلد حرا «متن»

من لا بد عليه فمتى كان عليه يد فليس بلقيط وقد صور الفرض في كنز الفوائد بما اذا قال هذا عبدي وكان لي عليه يد ثم ضل فالتقطه فيتجه حينئذ الاشكال ويكون منشأه من ان اليد ثابتة وقد اسندها الى ما يقتضي الملك فلا يتوقف الحكم بدلالتها على الملك على العلم بسببها ومن ان الالتقاط هو السبب المعلوم والاصل عدم غيره فحال اليد عليه وهو دال على الحرية فيحتاج الملك الى حجة وليس هو كاليد التي لم يقارنها وصف الالتقاط لانتفاء المنافي معها فيقضى فيها بالملك (وقد يقال) ان هذا الاصل مقطوع بان الاصل في قول المسلم الحجية مع عدم المنازع ولعله اليه اشار في التذكرة فتندفع عنها المناقشة وكانت اليمين في المبسوط استظهارا ولعل هذا اقوى (قوله) ﴿فان بلغ وانكر ففي زوال الرق الذي ثبت ظاهرا اشكال﴾ هذا الاشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهرا في المسئلة السابقة قال في التذكرة ان كان المدعي رقه غير الملتقط وهو صاحب يد وحكمنا له بالرقية اولا كان القول قول المدعي ولا يقبل قول الصغير الا ان يقيم البينة على الحرية لانا قد حكمنا برقه في حال الصغر فلا يرفع ذلك الحكم الا بحجة لكن له تحليف المدعي وهو احد قولي الشافعية والثاني انه يقبل قوله الا ان يقيم مدعي الرق بينة على رقه لان الحكم بالرق انما جرى حين لا قول له ولا منازع واذا صار معتبر القول فلا بد من اقراره او البينة عليه كما لو ادعى مدع رق بالغ انتهى ويرد على الاخير انه اذا حكم برقيته اليد لا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه كما في سائر نظائره

(قوله) ﴿ولو اقام بينة حكم بها سواء اطلقت او استندت الى سبب كارث او شراء﴾ هذا هو الاقوى كما في المبسوط والاقرب كما في التذكرة وبه جزم في جامع المقاصد وهو قضية اطلاق التحرير لشهادتها بالملك ولا يتوقف قبولها على الاستناد الى سبب (وتحرير البحث) انه اذا ادعى مدع رق اللقيط او غيره من الصغار المجهولي النسب واقام بينة فاما ان تشهد باليد او بالملك او بالولادة (فان) شهدت بالملك او اليد لم يقبل الاشهادة رجلين او رجل وامرأتين كما في التذكرة او شاهد ويمين كما في التحرير ولا تقبل شهادة اربع نساء كما في المبسوط وان شهدت بالولادة قبلت شهادة المرأة الواحدة او الرجل الواحد كما في التذكرة (فان) شهدت بالملك واسندته الى سبب مملك فلا ريب في قبولها والا فالاقرب سماعها كما اذا شهدت بالملك مطلقا والرق مطلقا كما لو شهدت على الملك في دار او دابة اوشبههما فانه يكفي الاطلاق فكذا هنا ولان قيام البينة على مطلق ليس باقل من دعوى غير الملتقط رقية الصغير في يده وقد اكتفى بها في التذكرة وكذا المبسوط كما تقدم ويحتمل ان لا يكتفى بها مطلقة لانا لا نأمن ان يكون قد اعتمدت على ظاهر اليد وتكون اليد يد التقاط واذا احتمل ذلك واللقيط محكوم بحريته ظاهرا فلا يزال ذلك الظاهر الا بيقين فلا بد من ذكر سبب الملك من ارث او شراء او اتهاب ولا كذلك سائر الاموال لان امر الرق خطير وهو كما ترى (وان) شهدت باليد فان كانت يد الملتقط لم يثبت بها ملكه لانا عرفنا سبب يده ولانا لو شاهدناه تحت يده وهو ملتقط وادعى رقيته لم نحكم بها فكيف اذا شهدت له بيد الالتقاط ولو كانت يد غير الالتقاط حكم بها بل القول قوله مع يمينه كما تقدم لكنه قد (وقد خ ل) عبر عن هذا في المبسوط بقوله فان شهدت بالملك فقالت كانت يده عليه او كان في يده نظرت فان كان في يد الملتقط فانه لا يحكم له به وان كان في يد الغير فانه يحكم له بالملك لكن يحلف مع البينة انتهى ونحوه ما في التذكرة من قوله اما لو كانت في يد اجنبي فانه يحكم باليد والقول قوله مع يمينه ونحوه ما في التحرير وهذا هو الذي لا يمكن تصويره وقول الشيخ يرجع بالآخرة الى انه يقبل قول ذي اليد غير يد الالتقاط مع اليمين لان الشهادة على اليد لا تزيد عن مشاهدة اليد (وان) شهدت البينة

ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ من انها قد تلد حراً ولو بلغ واقر بالعبودية حكم عليه ان جهلت حريته ولم يقر بها اولا ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول ولو اقر بالعبودية اولا لواحد فانكر فاقر لغيره فاشكال ينشأ من الحكم بحريته برد الاول اقراره ومن عموم قبول اقرار العاقل « متن »

بالولادة فقالت هذا ولدته في ملكه فانه يحكم بملكه له قطعاً كما في التذكرة وهو خيرة المبسوط لكنه جزم في قضاء الكتاب بعدم سماع الدعوى والبينة في ذلك وستسمع بيانه وان شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال كما يأتي في كلام المصنف ولو قال المصنف او اسندت بدل استندت لكان اسد لان الاسناد ضد الاطلاق (قوله) ﴿ ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ من انها قد تلد حرا ﴾ ومن انه نماء جاريته والاصل تبعيته لها كما في الايضاح وجامع المقاصد وقال في المبسوط ان الذي يقتضيه مذهبنا انه لا يكون رقاً لانه يجوز ان يكون ولدته من زوج حر فيكون حرا عندنا ومعناه انها شهدت بالاعم من رقيته والعام لا دلالة له على الخاص وهو الاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد و به جزم المصنف في قضاء الكتاب وكاشف اللثام وقال في التذكرة ان الاقرب الاكتفاء بذلك العام لان شهادتهم لم تستند الى ظاهر اليد (قلت) اذا لم نكتف بالبينة المطلقة في الرق فلا ريب في عدم الحكم بكونه رقاً له لان أمته قد تلد في ملكه حرا ولان غيره قد يملكه ولذلك قالوا في باب القضاء لا تسمع دعواه ان هذه ثمرة نخلتي ولا شهادة البينة بذلك لاحتمال تملك غيره لها ومثل قوله انه ولد مملوكته وانه ابن أمته قوله انه ولد مملوكته ولدته في ملكه اذا كان قوله في ملكه راجعاً الى الوالدة او الولادة واما اذا رجع الى الولد فهو كقوله ولدته مملوكاً له ولذلك جزم في المبسوط بانه يحكم بملكه له وفي التذكرة انه يحكم به له قطعاً ولعلهما نظرا الى ان المتبادر من ذلك هو المعنى الاخير (قوله) ﴿ ولو بلغ واقر بالعبودية حكم عليه ان جهلت حريته ولم يقر بها اولا ﴾ عندنا اذا كان عاقلا رشيداً كما في المبسوط وقطعاً كما في جامع المقاصد و به جزم في التذكرة والتحرير لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز و ينبغي ان يقيد بما اذا لم يستلزم الاقرار ضياع حق آخر او الزامه بحق وقد تقدم الكلام فيه في باب البيع (قوله) ﴿ ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول ﴾ كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد لعموم نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم ولانه يشبه ما اذا انكرت المرأة الرجعة ثم اقرت (قلت) ليس به و يشبه ما اذا قال هذا ملكي ثم اقر به لغيره وجزم في المبسوط والتذكرة بانه لا يقبل لانا حكمنا بحريته والزمناه احكامها من الحج والجهاد والطلاق و يريد بهذا الاقرار اسقاط ذلك عن نفسه فلا يقبل ولان الحكم بالحرية بظاهر الدار قد تأكد باعرابه عن نفسه فلا يقبل منه ما يناقضه كما لو بلغ واعرب عن نفسه بالاسلام ثم وصف الكفر فانه لا يقبل منه ويجعل مرتداً ولانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في ابطالها (قوله) ﴿ ولو اقر بالعبودية اولا لواحد فانكر فاقر لغيره فاشكال ينشأ من الحكم بحريته برد الاول اقراره ومن عموم قبول اقرار العاقل ﴾ (الاول) خيرة المبسوط لان اقراره الاول تضمن نفي الملك لغيره فاذا رد المقر خرج عن كونه مملوكاً له ايضاً فكان حراً بالاصل والحرية مظنة حقوق الله تعالى والعباد (والعباد) فلا سبيل الى ابطالها بالاقرار الثاني (وفيه) ان اقراره الاول تضمن ثبوت الرقية المطلقة واستنادها الى زيد ولا يلزم من ابطال الثاني ابطال الاول فرده لا يقتضي حريته وانما قضي بان الرقبة ليست له ولهذا لو رجع عن الانكار الى الاقرار قبل وربما لم يكن عالماً بالحال او كان غالطاً او تعمد الكذب وشيء من ذلك لا يمنع قبول اقراره الثاني لان احتمال الصدق قائم فيجب قبوله (والمنشأ الثاني) خيرة التذكرة

ولو سبق منه تصرف فان اقيم بينة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون ولو عرف رقه باقراره لم يقبل فيما يضر بالغير فيستمر النكاح لو كانت امرأة ويثبت للسيد اقل الامرين من المسمى ومهر المثل والاولاد احرار وعدتها ثلثة قروء وفي الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام « متن »

والتحرير وجامع المقاصد لعموم قبول اقرار العقلاء ولما عرفت وهو الاقرب (قوله) ﴿ولو سبق منه تصرف فان اقيم منه بينة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون﴾ كما في التحرير فتنقض لانه قد ظهر فسادها لانها كانت من دون اذن سيده ويسترد ما دفع اليه من الزكوة والميراث. وما انفق عليه من بيت المال وتباع رقبته فيها كما في التذكرة (قوله) ﴿ولو عرف رقه باقراره لم يقبل فيما يضر بالغير﴾ قد (يقال) اذا قبلتم اقراره في الرق الذي هو الاصل فانه يجب قبوله في احكامه التي هي فروع له مما يضره او يضر غيره او ينفعه (ويجاب) بان الشان فيه كما هو الشان فيما لو اقر على نفسه وعلى غيره فان اقراره يقبل عليه ولا يقبل على غيره فلا نمضي هنا في الاحكام التي تضر بغيره ولم اجد في ذلك تأملا ولا اشكالاً ممن تعرض له (قوله) ﴿فيستمر النكاح لو كان امرأة﴾ اذا بلغ اللقيط وكان انثى ثم عقدت على نفسها عقد النكاح ثم اقرت بالرق فعلى القبول فيما لا يضر بالغير فالنكاح صحيح في حق الزوج فانه لا يبطل حقه بمجرد اقرارها بما يضر به وان كان فاسداً بالنسبة اليها فان كان قبل الدخول فلا شيء على الزوج لاقرارها بفساد النكاح والنكاح الفاسد لا يجب فيه المهر الا بالدخول (قوله) ﴿ويثبت للسيد اقل الامرين من المسمى ومهر المثل﴾ اي اذا اقرت بعد الدخول فانه لا يثبت للسيد الا اقل الامرين من المسمى ومهر المثل كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي التحرير انه يثبت له اقل الامرين من المسمى والعشر او نصفه ونحوه ما في الدروس حيث قال يثبت له الاقل من المسمى والعقر وهذا اختيار منه لاحد القولين فيمن وطئ جارية جاهلاً بالتحريم فالاكثر على انه يجب عليه مهر مثلها (وبعضهم) ذهب الى انه يجب عليه العشران كانت بكراً ونصفه ان كانت ثيباً للرواية (وردّ) بان ذلك ورد فيمن اشترى جارية ووطئها وكانت حاملاً واراد ردها وتمام الكلام في محله (وكيف كان) ففي مسألتنا يثبت للسيد اقل الامرين لانه ان كان المسمى اقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها مقران بفساد النكاح متفقان على ان الواجب مهر المثل فلا يجب ما زاد عنه وان سمياه كما في التذكرة وفي جامع المقاصد انه قريب ولعل الظاهر ثبوت ما زاد اذا اجاز وهذا اذا لم يكن قد سلم الزوج المهر اليها فان كان قد سلمه لم يكن للسيد المطالبة لما تقرر من عدم سماع اقرارها فيما يضر بالغير (قوله) ﴿والاولاد احرار﴾ كما في التحرير والتذكرة صيانة لحقه لعدم قبول قولها كما ادمنا النكاح لذلك فلا يجب على الزوج قيمتهم ونسلمها الى الزوج تسليم الاحرار (الحرائر خ ل) ولا نبالي بتعطيل المنافع على السيد والا لعظم الضرر على الزوج (قوله) ﴿وعدتها ثلثة قروء﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان النكاح اثبت له الرجوع فيها جميعها فليس لها اسقاطه بالاقرار واما البائن الحائل فله حق التصريح في بعض اقسامها بالخطبة في العدة ويحرم على غيره واما البائن الحامل فان قلنا ان النفقة لها دون الولد سقطت باقرارها وتصديق سيدها فبقي حقه بغير معارض (قوله) ﴿وفي الوفاة باربعة اشهر وعشرة ايام﴾ كما في جامع المقاصد لان الحداد حق للزوج وفي تعجيل النكاح اضرار بالورثة لانهم يتألمون بذلك وفي التحرير والتذكرة انها تعتد عدة الاماء بشهرين وخمسة ايام والفرق ان عدة الطلاق حق الزوج وانما وجبت صيانة لمائه ولذلك لا تجب قبل الدخول (قلت) قد حرر في محله ان وجوبها من باب الحكمة لا العلة واما عدة الوفاة فهي حق لله عز وجل لا حق فيها للزوج. فلا مراعاة فيها لجانبه فتأمل ولو كان ذكراً واقر بالرقية بعد النكاح قبل الدخول فسد النكاح

ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل اصلا براءة الذمة والحرية فيثبت التعزير ولو قطع حر يده تقابلا ايضاً لكن الاقرب هنا القصاص لان العدول الى القيمة مشكوك فيه ايضاً بخلاف التعزير المعدول اليه فانه متيقن «متن»

في حقه وعليه نصف المهر وان كان بعد الدخول فسد وعليه المهر كملا وولده حر كأمه وهل يتبع بالمهر او يتعلق برقبته احتمالان ولا تبطل تصرفاته السابقة (قوله) ﴿ ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل اصلا براءة الذمة والحرية فيثبت التعزير ﴾ وفاقاً لحدود الخلاف والشرائع والتحرير والكتاب والمختلف وكشف اللثام عملاً باصالة البراءة وبحصول الشبهة الدارئة للحد او لان الاصلين تساقطا فرجعنا الى المتيقن وهو التعزير وخلافاً للمبسوط في البابين ولقطة الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان حيث اوجبوا الحد التام عملاً باصالة الحرية وذهاباً الى ان اصل البراءة هنا لا يصلح للتمسك به ولا للتقابل لانه مقطوع باشتغال الذمة بعقوبة قذف من حكم بحريته وجرت احكام الاحرار عليه حتى القصاص له (وليعلم) انه قد قال في الدروس ان القول قول المقذوف مع يمينه وهذا يقضي انه لا بد من تحليفه وهو قد يظهر من الباقين (وليعلم) ان هذا من المصنف رجوع الى اصل الباب اي لو قذف اللقيط قاذف وان هنا مسألتين (الاولى) ادعاء المقذوف حرية نفسه والقاذف رقه وهذه هي المفروضة في كلامهم في البابين (والثانية) ادعاء القاذف رقية نفسه حتى يكون عليه نصف الحد بناء على القول الضعيف في المسألة وادعاء المقذوف الحرية حتى يكون عليه تمام الحد بناء على المشهور وهذه هي المفروضة في حدود الكتاب ولما اتحد مأخذ القولين في المسألتين كانتا من سنخ واحد وصحت تسوية المصنف بينهما في حدود الكتاب توسعا وفرض المسألة المقدس الاردبيلي في عبارة الارشاد في قذف اللقيط الصغير وان الحاكم هو الذي يحد القاذف لانه وليه وهو خطأ في خطأ في حمل العبارة وفي ثبوت الحد بقذف الصبي اذ ليس فيه الا التعزير هذا وحيث لا نقول بوجوب الحد فلا اشكال في وجوب التعزير كما في المسالك ولا نزاع فيه كما في مجمع البرهان (قوله) ﴿ ولو قطع حر يده تقابلا ايضاً لكن الاقرب هنا القصاص ﴾ اي لو قطع حر يد اللقيط فادعى القاطع رقه وادعى هو الحرية تقابل اصل براءة الذمة والحرية لكن الاقرب هنا ثبوت القصاص كما جزم به في التذكرة والدروس وفي جامع المقاصد انه المعتمد وفي الايضاح انه الاصح وقد اخذ في التحرير والمسالك ثبوت القصاص في ضمن كلام لهما مسلما بل في الاخير نفي الخلاف عنه وانت اذا لحظت ما ذكرناه في الجناية على النفس عرفت ان لا تقابل بين الاصلين وعرفت ضعف ما ذكروه في التوجيه اثباتاً ونفياً (قوله) ﴿ لان العدول الى القيمة مشكوك بخلاف التعزير المعدول اليه فانه متيقن ﴾ هذا دفع ما عساه يقال ان الحكمين في المسئلتين متنافيان لان تقابل الاصلين قائم فيهما فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقية وبالقصاص هنا الذي لا يثبت الا على تقدير الحرية مما لا يجتمعان فاجاب بما اوضحه في الايضاح وهو انه لما كان التعزير جزأ من الحد ووجوب الكل يستلزم وجوب الجزء فلما (فكلما ظ) وجب الحد فالتعزير ثابت وكل ما لم يجب الحد فالتعزير ثابت ايضاً لانها مانعة خلو لعدم خلو الامر عنهما فالعدول من الحد الى التعزير عدول من ظاهر الى متيقن لان الظاهر الحرية شرعاً واما العدول عن القصاص الى القيمة فعدول عن الظاهر وهو الحرية الى مشكوك فيه (واعترضه) في جامع المقاصد بانه يشكل الفرق فان التعزير غير واجب على تقدير الحرية بل الواجب قدره في ضمن الحد والتعزير هو ذلك القدر المخصوص دون ما زاد فالعدول اليه ايضاً عدول الى مشكوك فيه وبانه ينتقض بما ذكره سابقاً في الجناية على النفس قال ولا يتوهم ان الاقتصاص (القصاص خ ل) في الطرف اسهل منه في النفس لان الاقتصاص في الطرف قد يسري الى النفس وبان قوله لان العدول الى القيمة مشكوك

ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء (الفصل الثاني في الحيوان) ويسمى ضالة ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية « متن »

فيه يقتضي انحصار الحال في العدول الى القيمة التي هي فرع الرقية ولم لا يجوز ان يكون العدول الى الدية التي هي فرع الحرية او اقل الامرين الذي هو المتيقن على كل من التقديرين ثم قال والحق ان كل ذلك ضعيف (ونحن نقول) ان الفرق بقول مطلق بين القصاص وحد القذف ظاهر لان الثاني اقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص فافترقا وان المقصود من الحد الزجر وذلك حاصل في العدول (المعدول خ ل) اليه والمقصود من القصاص التشفي وذلك لا يحصل باخذ المال (واما) ما اورده على ما اشار اليه المصنف من الفرق فجوابه ان الحد والتعزير ليسا من الامور التي يختلف الحال فيها بكون احدهما في ضمن الآخر وجزء له او اصلاً وانما المطلوب فيهما معاً مجرد الضرب فالقدر الواقع من الضرب في التعزير مشترك بين الحد والتعزير فيثبت التعزير على كل من تقديري الحرية والرقية انما يتجه الفرق لو تميزا بالنية ونحوها (وعلى الثاني) ان الفرق بين الطرف والنفس من الواضحات فليلحظ باب القصاص اذ الفرق بين السن والراحة والاصبع واليد و بين النفس امر واضح واستوضح ذلك فيما اذا قال له ان لم تقتل زيداً قتلتك وبين قوله ان لم تقطع يده او اصبعه او انفه او عينه والا قتلتك فان الاكثر جوزوا له قطع طرفه حفظاً لنفسه واطبقوا على عدم جواز قتله حفظاً لنفسه (وعلى الثالث) ان الامر دائر بين الحرية والرقية والاصل في الاولى القصاص والتشفي والمقابلة بمثل فعله وليس في الدية تشف ولا تثبت الا صلحاً والاصل في الرقية القيمة فالامر في الاصل منحصر في العدول الى القيمة ولا مجال لاحتمال الدية كما هو واضح (قوله) ﴿ ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء ﴾ قد تقدم الكلام

﴿ الفصل الثاني في الحيوان ﴾

(قوله) ﴿ ويسمى الضالة ﴾ كما صرحت بذلك عباراتهم وافصحت به رواياتهم (قوله) ﴿ ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية ﴾ كما طفحت به عباراتهم وفي المبسوط في الضالة روى اصحابنا كراهية اخذها مطلقاً ومثله قال في الخلاف وفي التذكرة ان الالتقاط ان كان في غير الحرم كان مكروهاً عند علمائنا ذكر ذلك في موضعين من التذكرة في اللقطة والضالة وقال في موضع ثالث اخذ اللقطة مطلقاً عندنا مكروه ويتأكد فيما تكثر فائدته وتقل قيمته ويتأكد في مطلق اللقطة للفاسق واكد منه المعسر وفي جامع المقاصد الاجماع على الكراهية في الضالة اذا لم يتحقق التلف وفي السرائر اخذ اللقطة عند اصحابنا على الجملة مكروه لانه قد روي في الاخبار انه لا يأخذ الضالة الا الضالون وفي الكفاية ان المعروف ان اخذها في موضع الجواز مكروه وفي الرياض انه مذهبهم معروف بينهم ولم يفرقوا بين الصامت والحيوان وفي مجمع البرهان حيث اخذ في الاستدلال على الكراهية في اللقطة والضوال قال يدل على الكراهية بعد الاجماع المفهوم من التذكرة النهي الوارد في الروايات وذكر الاخبار الواردة في اللقطة وفي الخبر اياكم واللقطة فانها ضالة المؤمن وهي حريق من حريق جهنم فتأمل وفيه لا يأخذ الضالة الا الضالون كما سمعته عن السرائر وفي الصحيح في الضالة ما احب ان امسها وروى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يأوي الضالة الا ضال قال في المبسوط وقيل لا يؤوي بضم الياء وهو الاصح وروى العامة ايضاً عنه صلى الله عليه وآله وسلم ضالة المؤمن من حريق النار اي لهبها (واما) الاخبار التي تدل على الكراهية في المال الصامت فكثيرة جداً وهي تدل على ما نحن فيه دلالة ظاهرة (ثم انه) اذا اخذ اللقطة ضالة او غيرها يكون قد عرض نفسه لاحتمال الوقوع في الحرام لان حفظها وتعريفها ودفعها لو اصفها امور دقيقة واستدل جماعة منهم صاحب جامع المقاصد بالخبر لا يأكل من الضالة الا الضالون ومثله الآخر بدون من ومثله الاخر الضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها وليس

الا مع تحقق تلفه « متن »

بجيد لورودها في الاكل دون الاخذ الذي هو محل البحث بل ربما كان في الاخير اشعار باختصاص المنع بالاكل دون الاخذ فتأمل وكأن كلام جامع المقاصد في المقام غير محرر ويعلم من ذلك ان حفظ مال المسلم غير واجب ما لم يكن متصرفاً فيه وتحت يده وحكي في التذكرة وجهان عن ابي حنيفة بوجوب اخذ اللقطة لكون المؤمنين بعضهم اولياء بعض فيكون كولي الايتام وان حرمة مال المسلم كدمه والجواب ظاهر وظاهر المقنعة والنهاية انه لا يجوز اخذ الضالة اذا كانت في كلاء وماء قالا فان وجد بعيراً قد خلاه صاحبه من جهد وكلال وكان في كلاء وماء لم يجز اخذه فان وجده في غير كلاء ولا ماء كان له اخذه ولم يكن لاحد بعد ذلك منازعته وكذلك ان وجد دابة فالحكم فيها كالحكم في البعير سواء وقال في الدروس وظاهر الشيخين التحريم في الحيوان هذا ويندرج في البالغ المرتد عن فطرة مع انه ليس له ان يلتقط قال في جامع المقاصد لو التقط بني على انه لو حاز المباحات هل تنتقل الى ذريته ام لا فيجوز انتزاعها من يده لكل احد فهما حكم به هناك ياتي مثله هنا (قلت) الاقرب انه لا ينتقل الى ورثته لان وجوب قتله في كل آن ينافي جواز تملكه لشيء من الاشياء في آن من الآنات فحينئذ لا حكم لالتقاطه بل تكون اللقطة في يده كما لو كانت في الارض لكل احد اخذها من يده ويكون هذا الاخذ التقاطاً من الآخذ وانما يورث عنه ما يدخل في ملكه ويخرج بالبالغ العاقل الصبي والمجنون وعبارة الشرائع توذن بالتأمل في جواز التقاطهما الضالة قال واما الصبي والمجنون فقطع الشيخ (ره) فيهما بالجواز لانه اكتساب وينتزع ذلك الولي ويتولى التعريف سنة فان لم يات مالك فان كان الغبطة في تملكه وتضمينه اياها فعل والا ابقاها امانة وخيرة المبسوط هو الذي تعطيه عبارة الغنية وهو صريح النافع والشرائع ايضاً في تعريف الملتقط والتحرير والتذكرة والكتاب فيما ياتي والدروس واللمعة وغيرها وفي المسالك والكفاية انه مذهب الاكثر بل لم ينقل فيه خلاف وفي الرياض انا لم نقف على مخالف وما ابعد ما بين هذا وبين قوله في المفاتيح يشترط في الملتقط اهلية الاكتساب عند قوم واهلية الحفظ عند آخرين واحدى الاهليتين عند ثالث ولعل نظره الى الكتاب والى كلامي الشرائع والا فالتتبع يقضي بخلاف ما قال لكن ما حكي عن المبسوط انما ذكره في لقطة المال لا الضوال وياتي تمام الكلام عند تعرض المصنف له (وتنقيح البحث) ان يقال ان اخبار الباب الواردة في احكام اللقطة على كثرتها خاصة بالمكلفين بحكم التبادر وتضمنها الامر بالحفظ او التصدق او التملك ولا يتوجه الى غيره فالحكم بالجواز بمعنى ترتب احكام اللقطة عليه مشكل بعد اقتضاء الاصل العدم واما الجواز بمعنى الاباحة المقابل للحرمة فهو من صفات المكلفين فلا وجه له في المقام لكن هذا الاشكال يقضي باعتبار الاهليتين معاً ولا قائل بذلك فتعين المصير الى ما عليه الاصحاب وقد يستفاد من بعض اخبار الباب (وليعلم) ان اللقطة تشتمل على نوع امانة وولاية واكتساب اما الامانة والولاية ففي ابتداء امرها لان الملتقط يجب عليه التعريف حولاً فهو في مدة الحول امين قد فوض اليه الشارع حفظها واما الاكتساب ففي انتهاء امرها لان له ان يتملك اللقطة بعد الحول واما القلب ففيه وجهان (احدهما) ان فيه معنى الامانة والولاية لانهما ناجزان والتملك منتظر فيناط الحكم بالحاضر ويبنى الآخر على الاول (والثاني) معنى الاكتساب لانه مال الامر ومقصوده فالنظر اليه اولى ولان الملتقط مستقل بالالتقاط واحاد الناس لا يستقلون بالامانات الا بائتمان المالك ويستقلون بالاكتساب فاذا اجتمع في الشخص اربع صفات الاسلام والحرية والتكليف والعدالة فله ان يلتقط ويتملك اجماعاً لانه اهل الامانة والولاية والاكتساب وان تخلف بعضها جاء فيه وجهان فالصبي والمجنون من اهل الاكتساب وليسا من اهل الولاية والعبد له اهلية الامانة دون الولاية وفي اهليته للاكتساب خلاف والكافر والفاسق ليسا باهل الولاية والامانة ولهما اهلية الاكتساب كما ستسمع ذلك كله ان شاء الله تعالى (قوله) ﴿ الا مع تحقق تلفه ﴾ فانه لا كراهية في التقاطه اي الحيوان كما في المبسوط

وان كان عبدا اوكافراً اوفاسقاً التقاط كل حيوان مملوك ضائع لايد لاحد عليه في الفلاة متن

والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض ويدل عليه بعد العقل الاصل وانتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها ولا يرده رواية الشاة حيث قال عليه السلام هي لك او لاخيك او للذئب وما احب ان امسها لانه يفهم منها عدم تحقق التلف بل استحب في المبسوط له اخذها اذا كان اميناً في مفازة او في خراب او في عمران لكن الناس ليسوا أُمناء وقال ابو علي لو اخذها لصاحبها حفظاً عن اخذ من لا امانة له رجوت ان يؤجر بل في الروضة والرياض انه قد يجب كفاية اذا عرف صاحبها (قوله) ﴿ وان كان عبداً ﴾ كما في المبسوط والخلاف والغنية وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والروضة والكفاية وهو الذي استقر عليه رأيه في الشرائع في موضعين والنافع ومال اليه او قال به في التنقيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه وهو كذلك لانه لم يعرف الخلاف الا من ابي علي والا فالقدماء بين من ظاهره ذلك وبين مصرح به كما قاله في الدروس وفي المختلف والدروس ايضاً انه المشهور وفي المسالك والكفاية انه الاشهر ولا يعجبني ذلك فلا اقل من التعبير بالمشهور لانحصار الخلاف في ابي علي كما عرفت ولم يتأمل احد قبل المحقق ثم انه وافق نعم صاحب الدروس استشكل وقد يقال انه مختار الفقيه لانه روى خبر ابي خديجة وقال في جامع المقاصد ان ظاهر التذكرة انه اجماعي ساكتاً عليه ومما يمكن ان يحتج به لابي علي خبر ابي خديجة عن الصادق عليه السلام قال ما للمملوك واللقطة المملوك لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها وان الالتقاط يلزمه جواز التملك واللازم غير متحقق فينتفي الملزوم مضافاً الى الاصل واختصاص ما دل على جواز الالتقاط بالحر لتبادره او لتصريح كثير من النصوص والفتاوى بجواز التملك والصدقة بعد التعريف وليس العبد اهلاً لهما (والجواب) بان الخبر ليس صريحاً في التحريم فيحمل على الكراهية فتأمل ورماه في المسالك بان ابا خديجة مشترك بين الثقة والضعيف (قلت) قد صرح في الفقيه بسالم ابن مكرم واما في التهذيب فرواية احمد ابن عائذ تعينه والاصح عندنا توثيق سالم ابن مكرم فالخبر صحيح (ويجاب) عن الاستدلال بالاصل بان الاصل المستفاد من عمومات الاخبار الجواز كما في المبسوط والخلاف (وعن الثاني والرابع) بان يد العبد يد سيده فكأن السيد هو الملتقط والمتملك والمتولي للتعريف وكما يعتبر اصطياده واحتطابه يعتبر التقاطه ويكون الحاصل للسيد ولا اعتبار بقصده فلا وجه للاشكال ولا للاستدلال بان له اهلية الحفظ كما في موضع من الشرائع وغيرها وزيادة اهلية الاكتساب كما في آخر منها فكان كالصبي ويبقى الكلام فيما اذا لم يعلم مولاه بذلك وعرفها بنفسه وغيره من الفروع التي تاتي في كلام المصنف في لقطة المال والغرض ان ليس التقاطه كالتقاط المرتد عن فطرة ومحل البحث ما اذا وقع بدون اذن المولى ونهيه فان كان الاول كأن قال له اذا وجدت ضالة فخذها جاز عند علمائنا كما في التذكرة وان كان الثاني فهي كالملقاة على الارض واما المكاتب والمدبر وام الولد فلهم الالتقاط من دون تردد كما في كشف الرموز وغيره (قوله) ﴿ او كافراً ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وسائر ما تأخر بلا خلاف منا وفي المسالك ان للكافر والفاسق اهلية الاكتساب والاظهر الجواز فيهما بل لم ينقل الاصحاب فيه خلافاً وفي الكفاية الاشهر الاقرب عدم اعتبار الاسلام بل لم ينقل الاصحاب فيه خلافاً واولى بعدم الاشتراط العدالة انتهى فتأمل في قوله الاشهر (قوله) ﴿ او فاسقاً ﴾ قد تقدم الكلام فيه وهو ايضاً مما لا خلاف فيه لاحد منا (قوله) ﴿ التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لاحد عليه في الفلاة ﴾ التقاط فاعل يجوز وقد اقتصر في النافع على قوله كل حيوان مملوك ضائع وزيد في الشرائع والتذكرة لا يد لاحد عليه ويدخل في الكلية البعير الصحيح والذي في كلاء وماء وغيره مما لايجوز اخذه وكانهما عرفا الحيوان الملتقط اعم من جواز لقطته وعدمه ولو قالا الا ما يستثنى لكان اجود والمراد بالضائع الضال عن صاحبه سواء كان بيد ملتقط ام

فالبعير لا يؤخذ ان كان صحيحاً اوكان في كلأ وماء فان اخذه حينئذ ضمنه ويبرأ بتسليمه الى المالك او الحاكم مع فقده لا بارساله في موضعه و يرسله الحاكم في الحمى فان لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكه ولو تركه من جهد في غير كلأ ولا ماء جاز اخذه «متن»

لا ومن ثم جمعا بينه و بين قولها ولا بد عليه ليخرج الحيوان الضائع عن مالكه بيد الملتقط فتأمل وخرج بقوله في الفلاه الضائع في العمران فانه لا يعد لقطة ولا يجوز اخذه (قوله) ﴿ فالبعير لا يؤخذ ان كان صحيحاً ﴾ كما في المقنع وسائر ما تأخر عنه حتى الرياض صراحة او ظهوراً وما خالف فيه الا ابو حنيفة وفي الغنية من وجد ضالة الابل لا يجوز له اخذها باجماع الطائفة وفي الكفاية نسبته الى الاصحاب وفي غاية المرام الاجماع عليه وفي صحيح الحلبي وحسنة هشام ابن سالم بابراهيم عن ابي عبدالله عليه السلام فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اني وجدت بعيراً فقال معه حذائه وسقائه حذائه خفه وسقائه كرشه وفي صحيح معوية ابن عمار قال وسئل عن البعير الضال فقال للسائل مالك وله خفهُ حذائه وكرشه سقائه خل عنه ونحوه مرسل الفقيه والمراد بالصحيح غير المكسور والمريض فيدخل المجهد ولا يفرق فيما اذا كان صحيحاً بين كونه في كلاء وماء او في احدهما اولم يكن واحد منهما (قوله) ﴿ او كان في كلأ وماء ﴾ اي وان كان غير صحيح كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض و يعطيه اطلاق بعض الباقين فيندرج في معقد اجماع الغنية وفي غاية المرام الاجماع عليه وقد يلوح اي الاجماع من التنقيح وفي الكفاية نسبته الى الاصحاب واطلاق الخبرين الاولين يتناوله على الظاهر لكن في اللمعة والمفاتيح اذا وجد في كلأ وماء صحيحاً فيكونان مخالفين فتأمل ولعل كلام الاصحاب مقيد بما اذا قدر على الانتفاع بهما اي الكلاء والماء ولو كان بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما لمرضه وتعبه فهو كعادمهما لكن ظاهر اطلاق الاصحاب وروايتي السكوني ومسمع يخالف ذلك كما ستسمع ولعل المدار على الترك المفيد للاعراض كما ستسمع والكلأ كجبل العشب رطبه و يابسه (قوله) ﴿ فان اخذه ضمنهُ ﴾ بلا خلاف فيما اجد من الخاصة والعامة لانه اخذ ملك غيره بغير اذنه ولا اذن من الشارع فهو كالغاصب والسارق (قوله) ﴿ ويبرء بتسليمه الى المالك او الحاكم مع فقده لا بارساله في موضعه ﴾ المخالف في ذلك ابو حنيفة ومالك لان عمر قال ارسله في الموضع الذي اصبته فيه (وفيه) انه كما لو سرق متاع غيره ثم طرحه في دار غيره (داره خ ل) فانه لا يزول ضمانهُ (قوله) ﴿ ويرسله الحاكم في الحمى ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والمراد الحمى الذي حماه الامام لخيل المجاهدين والضوال (قوله) ﴿ فان لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير وقال في موضع من التذكرة ثم ان كان له حمى تركها فيه ان رأى المصلحة في ذلك وان رأى المصلحة في بيعها او لم يكن له حمى باعها بعد ان يصفها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها فقد خالفت ظاهر الكتاب ومن وافقه اذ ظاهرهم ان الحاكم انما يبيعه مع فقد الحمى وخيرة التذكرة خيرة الدروس والتنقيح وفي جامع المقاصد والمسالك انه حسن ولو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه ام لا الظاهر الثاني وعلى تقدير عدم البيع يبقى في يد قابضه مضموناً الى ان يجد المالك او الحاكم ويجب عليه الانفاق عليه وفي رجوعه به مع نيته وجهان من دخوله على التعدي الموجب لعدم الرجوع كما في المهذب البارع وعليه تنزل عبارة النافع وخلافهُ (وخالفه خ ل) وهو خلاف ما فهموه منها وينبغي القطع بعدم الرجوع وان وجب عليه الحفظ ومن امره بالانفاق شرعاً حين يتعذر عليه احد الامرين فلا يتعقب الضمان ولا ترجيح في المسالك والكفاية (قوله) ﴿ ولو تركه من جهد في غير كلأ ولا ماء جاز اخذه ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمراسم وسائر ما تأخر

عنها سوى المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والوسيلة فانه لم يذكر في الاربعة الاول ولا في المقنع وقد يظهر من اطلاق بعضها الخلاف وبه صرح في الوسيلة كما ستسمع وفي المختلف والتنقيح انه المشهور وفي الرياض ان عليه عامة من تأخر ودليلهم خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد قال ان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث اصابها وان كان تركها في خوف وعلى غير ماء وكلاء فهي لمن اصابها ومثله خبر مسمع عن ابي عبد الله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته بضيعة فقال ان كان تركها في كلأ وماء وامن فهي له يأخذها متى شاء وان تركها في غير كلأ وماء فهي لمن احياها وليس فيه تصريح بالجهد وقد اشترط في الاولى في الشرطية الثانية الخوف وقد روي خبر مسمع في الدروس والتنقيح بترك المضيعة والامن وفيه ما لا يخفى وصحيح عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال من اصاب مالاً او بعيراً في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقة حتى احياها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح وهذه هي الاصل في الباب والا فالاولان في الدابة مضافاً الى ما عرفته فيهما لكن الصحيحة قد اشتملت على الفلاة وقد قال اهل اللغة انها هي الارض التي لا ماء فيها او القفر وفسروا القفر بالخلاء من الارض وفسروا المفازة بالقفر كما يأتي بيان ذلك كله فكانت دالة على تمام المطلوب فتأمل (والظاهر) ان المراد بالمال فيها دابة اخرى غير البعير لا مطلق المال بقرينة قوله قد كلت ووجود الدابة في الاولين وعدم ظهور الدليل في مطلق المال بل هو ظاهر في الخلاف كما يأتي ان شاء الله تعالى وقال في الوسيلة وان تركه صاحبه من جهد وكلال في غير كلأ ولا ماء لم يجز اخذه بحال ولعله استند الى الصحيحين والحسنة اللاتي تقدم ذكرها ولعل نظر من ترك ذلك لذلك ولم يقل ان اخبار هذه مقيدة لها لما عرفته من حالها وقد يكون الوجه في الباب الاعراض المستفاد من اخباره فانه اذا كان الاعراض على وجه عدم الرجوع فيه بالكلية مع كون البعير بحيث لو لم يأخذه لمات فلا اشكال في الجواز فالمدار على هذا الاعراض ويرشد اليه قول امير المؤمنين عليه السلام في صدر خبر مسمع في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احياها لكن هذا يقضي بعدم الفرق بين ما اذا خلاه في ماء دون كلأ وبالعكس او خلاه في فلاة عادمة لها او خلاه فيهما بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما بنفسه لمرضه وتعبه كما نبهنا عليه آنفاً والثاني هو المشهور وقد يفهم الاول من الصحيحة حيث اقتصر فيها على ذكر الفلاة وجعل المدار على احيائها والاعراض عنها حيث قال كلت وسيبها اهلها وهو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي كما ستعرف (و يبقى الكلام في الثالث) وظاهر خبري السكوني ومسمع وظاهر جماعة وصريح آخرين انه لا بد في اخذه من الشرطين اعني الترك من جهد وكونه في غير كلأ وماء فلو انتفى احدهما بان ترك من جهد في كلأ وماء او من غير جهد في غيرهما او انتفى كل منهما بان ترك من غير جهد فيهما لم يجز اخذه وقد حكي عن الصيمري انه حكى على ذلك الاجماع وقد يلوح ذلك اي الاجماع من التنقيح فلا يتم الثالث وقد يكون ذلك ليتحقق العلم بالاعراض المذكور الذي عليه المدار في الباب فلو علم بدون ذلك جاز فتأمل وفي جامع المقاصد ان ظاهر قول امير المؤمنين عليه السلام انه اذا تركها في غير كلأ ولا ماء فهي للذي احياها ان المتروكة في كلأ ولا ماء هناك او بالعكس تؤخذ لانتفاء الامرين ولانها لا تعيش بدون الماء وضعفها يمنعها من الوصول اليه اي الماء فتأمل فيه ونحوه ما في الروضة وقال في المسالك ولو وجده في كلأ بغير ماء او بالعكس فكفاقدهما لانه لا يستغني باحدهما عن الآخر مع وقوفه. وقد دل على ذلك صحيحة عبد الله بن سنان وساقها وهو اجود ومما ذكر يعلم حال الفلاة المشتملة على احدهما فهل هي بحكم عادمتهما او بحكم المشتملة عليهما قولان (الاول) خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني في كتابيه كما عرفت والمقدس الاردبيلي وصريح التنقيح اختيار (الثاني) والاول اقوى لانه يفهم منه ان الترك بنية الاعراض (و يبقى الكلام) في بعير اعرج او مريض في غير كلأ ولا ماء قد ضل عنه صاحبه ولم يتركه فانه لا يملكه ويدفعه الى السلطان او يستعين به

ويملكه الواجد فلا ضمان وفي رد العين مع طلب المالك اشكال وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار «متن»

في نفقته فان تعذر انفق ورجع اذا نواه وحينئذ فالاقوب وجوب تعريفه سنة وجواز التملك بعده كما يأتي مثله هذا اذا كان مثل هذا ممتنعاً من صغار السباع واما اذا كان غير ممتنع منها فظاهرهم الحاقه بالشاة في الفلاة ويأتي تمام الكلام وتنقيحه (قوله) ﴿ ويملكه الواجد ﴾ كما صرح به في المقنعة والمراسم والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس والتنقيح وجامع المقاصد وغيرها مما تأخر عنها ولعله معنى قوله في النهاية ولم يكن لاحد منازعته لان معناه على الظاهر انه لو اقام مالكه البينة لم ينتزعه وكذا لو صدقه الملتقط وفي الكفاية انه لا يعرف فيه خلافاً وفي الرياض ان عليه عامة من تأخر للاخبار الظاهرة بل الصريحة في ذلك كما في جامع المقاصد وغيره ومرادنا بها الصحيحة والخبران الواردان في الدابة (قوله) ﴿ ولا ضمان ﴾ كما صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ولم اجد فيه مخالفاً وانما الخلاف في الشاة كما يأتي وخلط في المفاتيح فجعلهما من سنخ واحد وقال في الضمان قولان وهو غلط قطعاً والفارق النص وتحقق الاعراض هنا وليس الاعراض شرطاً في الشاة اجماعاً وتبع صاحب المفاتيح شيخنا صاحب الرياض كما يأتي وفي جامع المقاصد ان الصحيحة نص صريح في عدم الضمان (قوله) ﴿ وفي رد العين مع طلب المالك اشكال اصحه عدم الرد ﴾ كما هو خيرة التحرير والدروس وجامع المقاصد للنص الصريح في الصحيحة كما في الاخير قال وهي اخص من قول ابي جعفر عليه السلام من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه ردّه اليه وفي الايضاح انهما عامتان والترجيح للثانية وقوى ان لمالكها اخذها ونحن نقول في كلاميهما معاً نظر واضح بل نقول لا وجه للاشكال فيه لانه لا ريب في ان هناك عمومين متعارضين يمكن تخصيص احدهما بالآخر لكن الترجيح للصحيحة لصراحتها وصحتها وكونها الاصل في الحكم في الاصل فمن قال به في الاصل ينبغي له ان يقول به هنا مع اعتضادها بخبري مسمع والسكوني مضافاً الى موافقتها الحكمة والاعتبار لانه اتعب نفسه وبذل ماله في احيائه فلا يناسب في حكمة الشارع تكليفه بالاعطاء مجاناً ولا قائل بالفصل فينقطع الاستصحاب ان كان اذ الظاهر انه لا خلاف في خروجه عن ملك مالكه كما في مجمع البرهان والظاهر ان دخوله في ملك الآخذ كان لازماً وخروجه عنه وعوده يحتاج الى دليل (سلمنا) لكنه انقطع بالصحيحة (واما) الرواية الاخرى فهي رواية حماد بن عبدالله عن ابي جعفر عليه السلام وهي غير صحيحة ولا صريحة مضافاً الى بعد تحكيمها في الصحيحة كما ستسمع (واما) غيرها مما تضمنما فيها مثل صحيحة علي بن جعفر فانما هي في الضالة بعد التعريف وليس منها البعير فكان الترجيح لعموم الصحيحة من وجوه فنقيد بها عموم خبر حماد عن مولانا ابي جعفر عليه السلام فيكون المراد من قوله عليه السلام فاذا جاء طالبه ردّه اليه الا اذا كان بعيراً احياه الآخذ من الموت وقد سيبه مالكه معرضاً عنه جمعا بين الادلة واما تقييد الصحيحة بالخبر حتى يكون المراد ما لم يجيء طالبها فهو بعيد عن فحوى قوله عليه السلام لا سبيل له عليها وهو كالشيء المباح فانه صريح او كالصريح في انه ليس له المطالبة فقد اتضح الحال وارتفع الاشكال ولا ترجيح في التنقيح (قوله) ﴿ وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار ﴾ حكم الدابة حكم البعير في انها لا تؤخذ اذا كانت صحيحة او كانت في كلأ وماء على اختلافهم في التعبير في البعير والعبارة الجامعة ان يقال اما ان حكمها حكم البعير في انها لا تؤخذ حيث لا يؤخذ فقد صرح به في المقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وهو قضية كلام

اماة الشاة فتؤخذ ويتخير الآخذ بين حفظها لمالكها او دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملكها والضمان عَلَى اشكال « متن »

السرائر وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي الكفاية انه المعروف من مذهب الاصحاب وفي الرياض انه لا خلاف فيه وقد دل عليه خبرا مسمع والسكوني بل والصحيحة كما ستسمع ومثلها البغل كما في المبسوط والخلاف وكشف الرموز والمسالك والمفاتيح ونظر فيه صاحب الكفاية (قلت) الالحاق هو الاصح للصحيحة السالفة بناء عَلَى ما هو الظاهر منها من ان المراد بالمال فيها خصوص الحيوان الضال كما يعطيه سوقها وبه صرح جماعة وان المستفاد من النصوص لمكان العلة المومى اليها ومنصوص العلة باقسامه حجة ان وجه الحكمة في جواز التقاط البعير وعدمه انما هو الامن من تلفه بامتناعه من صغار السباع وعدمه (والمراد) بالبغل البغل الصحيح واما الحاق البقرة الصحيحة بالبعير في عدم اخذها حيث لا يؤخذ فهو خيرة الخلاف والمبسوط والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي التنقيح ان عليه الفتوى وقد يكون ظاهر السرائر وكذا اللمعة حيث قال في الاخير البعير وشبهه وقرب العدم في الكفاية وقد عرفت الوجه في الالحاق (١) (واما الحمار) الصحيح فقد الحق بالبعير كذلك في الخلاف والشرائع وكشف الرموز والتذكرة وجامع المقاصد والرياض وفي التنقيح ان عليه الفتوى وقد قرب في التحرير والمسالك والكفاية جواز اخذه وقد يقتضيه كلام الجماعة ولا ترجيح في الدروس ولا ريب ان الحمار لا يمتنع من الذئب فلعل الوجه فيه التفصيل بين ذات الذئاب من الارض وغيرها فيؤخذ في الاولى دون الثانية (ولك) ان تقول ان الحمار شابه البعير في الصورة وفارقه في العلة لانه لا صبر له عَلَى الماء وساوى الشاة في العلة لانه لا يمتنع من الذئب والحاق الشيء بما ساواه في العلة وان فارقه في الصورة اولى من العكس (وفيه) ان الفرس مساوية للشاة في العلة واما اذا ترك الدابة او البقرة او الحمار من جهد في غير كلأ وماء فلا ريب في جواز اخذه كما في خبري مسمع والسكوني مع الايماء للعلة وبه صرح في الشرائع والتذكرة والدروس (قوله) ﴿ واما الشاة فتؤخذ ﴾ يجوز اخذها ان وجدت في الفلاة عند علمائنا كما في التذكرة واجماعاً كما في المهذب البارع والمقتصر وغاية المرام فيما حكي عن الاخير وبلا خلاف كما في المسالك والكفاية وابن عبد البر (كذا) نقل اجماع العامة عَلَى ان ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له اكلها وقد دلت عليه الاخبار الصحيحة الصريحة في ذلك كصحيحة معوية بن عمار وصحيحة الحلبي وحسنة هشام ابن سالم ثم انها لا تمتنع من صغار السباع فكانت كالتالفة لا فائدة للمالك في تركها له (قوله) ﴿ ويتخير الاخذ بين حفظها لمالكها او دفعها للحاكم ولا ضمان وبين تملكها والضمان عَلَى اشكال ﴾ اما تخييره بين الامور الثلثة فقد صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والرياض وغيرها وفي مجمع البرهان نسبته الى الاكثر وهو معنى قوله في المبسوط انه يتخير بين ثلثة اشياء اما ان يأكلها عَلَى ان تكون القيمة في ذمته اذا جاء صاحبها ردها عليه وان شاء ان ينفق عليها تطوعا وان شاء ان يرفع خبرها الى الحاكم ونحوه ما في الوسيلة والمراسم والسرائر ودليله انه مال التقطه فله تملكه كما دلت عليه الاخبار في سائر اقسام اللقطة بل في التحرير جاز اكل الشاة في الحال باجماع العلماء انتهى وقال

---

(١) ويبقى الكلام في شيء اخر وهو ان البقر لا يصبر عن الماء كالبعير وليس له عدو كعدو الفرس حتى يصل الى الماء او الكلأ من قبل ان يهلك فاذا وجد صحيحا في مفازة بعيدة عن الماء بفراسخ والحال انه لا يهتدي الى الماء ربما يقال بجواز اخذه وليس كذلك لانه ربما رجع اليه صاحبه قبل ان يهلك لان من اضل شيئا طلبه في موضع اضله فالمدار حيث لا يعلم الاعراض على الامتناع من السباع فالتعليل بعدم الصبر عن الماء كما في الدروس وغيره عليل «منه قدّه»

في المهذب البارع يجوز تملكها فيها في الحال من غير تعريف باجماع العلماء وله تبقيتها في يده لانه امين اخذ شيئاً ليحفظه لمالكه وله دفعه الى الحاكم لانه نائب الغياب ومنصوب للمصالح بل قد نقول انه يجب عليه القبول كما مرّ في الوديعة (واما) انه لا ضمان عليه حيث يحفظها للمالك او يدفعها للحاكم فقد طفحت به عباراتهم وحكي عليه الاجماع في الايضاح والمسالك وعن غاية المرام (المراد خ ل) (ودليله) الاصل فيهما وانه امين في الاول بل تدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام وانه وكيل المالك في الثاني فلا يضمنان (واما) انهُ يضمن حيث يتملكها فهو خيرة النافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وجامع المقاصد وفي التنقيح والروضة انه احوط وفي المسالك اظهر وفي اللمعة لهوجه وفي المسالك والكفاية انهُ اشهر وفي المقنعة والنهاية والمراسم انه يأخذها وهو ضامن لقيمتها ولم يصرح في هذه الثلثة بانه يملكها ولم يقيد الضمان في جميع ما ذكر بما اذا اظهر المالك وفي المبسوط والسرائر له ان يأكلها على ان تكون القيمة في ذمته اذا جاء صاحبها ردها اليه ونحوهما ما في الوسيلة وفي الايضاح انهُ يغرم اذا وجد وطلب وستسمع الفرق بين الغرامة والضمان (واما) عدم الضمان وملكها مجاناً في الحال كالبعير المتروك من جهد في غير كلأ ولا ماء فلم نجد مصرحاً به غير ما لعله يظهر من المقنع من قوله اذا وجدت الشاة فخذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب ومثله قال ابوه في رسالته وقد نسب هذا القول الى ظاهرهما ابو العباس وقوّاه في المقتصر ولم نجده لغيره نعم المصنف هنا استشكل والمحقق في الشرائع تردد وقال صاحب الكفاية لعله اقرب لمكان اللام في الروايات الصحيحة ونحوه ما في المفاتيح وكذلك الرياض فمن العجيب ما في الايضاح من قوله ان الاصحاب اطلقوا انه يملكها من غير تقييد بضمان مع ان من تقدم عليه اما مصرح بالاخذ والضمان من دون ذكر ملك او بالاكل والضمان او بالملك والضمان فلم يكن لكلامه مصداق الا ما لعله يظهر من الصدوقين هذا وكلام المبسوط وما وافقه قد يعطي الغرامة كما في الايضاح لكنهم لم يذكروا الطلب والفرق بين الغرامة والضمان ان الضمان يثبت في الذمة قبل مجيء المالك ومطالبته والغرامة تطلق على معنى عام شامل لها وللضمان وعلى خاص وهو ما يتجدد عند المطالبة وتظهر الثمرة في وجوب الوصية به وتعلقه بتركته ان لم يجيء المالك ويكون من الغارمين (والحاصل) انه يكون مديوناً على الاول وعلى الغرامة تتوقف هذه الاحكام على مطالبته فلو مات قبلها لم تجب في تركته ولا يكون مديوناً كما نبه عليه فخر الاسلام في حاشيته على الايضاح وتبعه ابو العباس ولم نجد هذا الاصطلاح لغيرهما في المقام ولا في المال الصامت كما يأتي هذا (واما) دليل القول بالضمان فقد قالوا انه الاستصحاب وانه مال الغير ولم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه وانما المتفق عليه جواز تصرفه فيه لعموم على اليد ما اخذت وادلة رد المال الملقوط الى صاحبه مثل من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يجيء طالبه فاذا جاء طالبه ردّه اليه قالوا ولا ينافي ذلك ما في الصحاح مثل قوله عليه السلام لك او لاخيك لان معناه الانتفاع به او انه ملك غير مستقر ولا لازم كسائر الاموال الملقوطة وان مثل ذلك موجود في ادلة المال الملقوط كقول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله مع انهم مجمعون على وجوب ردّه او قيمته الى المالك بل نقول ان الشاة من المال الملقوط فتكون داخلة تحت الاجماع (وحجة القائلين بالعدم) ان الظاهر من المال الملك وان صحيحة عبد الله بن سنان صريحة في الملك بالاخذ وهي من اصاب مالاً او بعيراً في فلاة الحديث وقد سمعته و به تخصص العمومات المتقدمة واحتمال اللام الاختصاص الغير المنافي للضمان مردود بان الاحتمال لا يعارض الظاهر (قال) في الرياض واحتمال اختصاص الصحيحة بحيوان سيبه صاحبه فلا يتناول ما نحن فيه يندفع بعدم القول بالفرق بين الاصحاب (قلت) اراد بذلك الرد على المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والمقدس الاردبيلي حيث فرقوا بان الصحيحة دالة على حيوان سيبه صاحبه لما لم يتبعه قالوا وهذا غير شرط في اخذ الشاة اذا كانت في الفلاة وادّعى في المسالك الاجماع على ذلك وهو كذلك وقد اطبقوا هناك على عدم الضمان كما تقدم وهنا عكسوا الا من قل كما عرفت وكأن شيخنا صاحب الرياض

عوّل في ذلك عَلَى المفاتيح فانه توهم ذلك كما بيناه فيما سلف او عَلَى الروضة اوالكفاية حيث اخذ الاول الصحيحة دليلاً والثاني مؤيداً ولو تتبع لظفر بالقول بالفصل (وكيف كان) فالاولى الاستدلال عَلَى الضمان بمعنيه زيادة على ما تقدم بالصحيح المروي عن قرب الاسناد عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحل له قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هي لك او لاخيك او للذئب نخذها وعرّفها حيث اصبتها فان عرفت فردّها الى صاحبها وان لم تعرف فكلها وانت لها ضامن ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردها ولا يعارضه مفهوم صحيح صفوان من وجد ضالة فلم يعرفها فهي لربها بان يقال انه قد يستفاد منه خروجها عن ملك المالك لوجوه بل هذه الصحيحة حجة عَلَى من ظهر منه القول بعدم الضمان لانه لا يقول بالتعريف بل يقول هي كالبعير كما عرفت بل قد يستدل حينئذ بالاخبار الناطقة بان الضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها (ومما) يستدل به ايضاً صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال وسألته عن الرجل يصيب درهماً او ثوباً او دابة كيف يصنع قال يعرفها سنة فان لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه وان مات اوصى بها وهو لها ضامن وهذه تدل عَلَى الضمان بحيث تجب الوصية وانه ليس مخصوصاً بمجيء صاحبها فتأمل فالقول بعدم الضمان نادر ضعيف جداً ان كان به قائل والحق انه لا قائل به تصريحاً ولا ظهوراً يعتد به قبل صاحب الكفاية بقوله لعله اقرب واما التنقيح والروضة فلا ترجيح فيهما بل ظاهر الاول في آخر كلامه ترجيح الضمان هذا وقد قال في جامع المقاصد وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة قال في التذكرة الاقرب العدم لظاهر قوله عليه السلام هي لك او لاخيك او للذئب فان المتبادر منه تملكها من غير تعريف وليس تقييده بالتعريف اولى من تقييد دليل التعريف بما عدى الشاة وهذا قوي متين انتهى (وفيه) ان مجرد عدم الاولوية لا يقضي بكونه قوياً متيناً مفتى به وعدم وجوب التعريف خيرة الروضة والمسالك ذكره في مسألة صغار الابل وقد يفهم ذلك ايضاً من جماعة في كلامهم في هذه المسألة اي مسألة صغار الابل ويشهد له عدم تعرض الاصحاب له في المقام الا من قل كما لم يتعرضوا له في البعير المجهود في غير كلأ وماء والسفرة وما لا يبقى وما دون الدرهم وتعرضهم له في صغار الابل والبقر وفي الكلب واهتمامهم بذكره في المال الملقوط حيث يبدؤن به في اول احكامه ولم يغفله احد ولعله لذلك قال في المهذب البارع عَلَى القول بالضمان يجوز تملكها اي الشاة في الفلاة والتصرف فيها في الحال من غير تعريف باجماع العلماء وكذا بيعها لانه اولى من اكلها انتهى وقد يكون الغرض من الاجماع بيان جواز اكلها في الحال من غير تعريف وانها ليست كلقطة المال وذلك لا ينافي وجوب تعريف ثمنها بعد ذلك فلا ينهض لما نحن فيه ولكن الظاهر من هذه العبارة خلاف ذلك ومن كلامه في التهذيب ثم انه عَلَى هذا الاحتمال ينهض الاستدلال بالاجماع المذكور لما نحن فيه وذلك لان مثل هذا الاجماع حكي عَلَى ما دون الدرهم في التذكرة وغيرها قال في التذكرة يجوز اخذ ما دون الدرهم وتملكه في الحال من غير تعريف عند علمائنا اجمع ومن المعلوم انه لا يجب تعريفه بالكلية فقد يفهم من هذين الاجماعين ومن كلامهم فيما لا يبقى كالطعام الذي يخشى فساده ان كل ما يجوز تملكه واتلافه في الحال لا يجب تعريفه لتعذره فيما لا يبقى وعدم امكان قيام البينة عليه في غيره وعدم معرفة صحة وصف صاحبها ما يخفى من اوصافها وعدم حصول العلم بذلك للملتقط بل ولا الظن ان اكتفينا به الا ان يقول انه لا بدّ له من حفظ صفتها اذا جاء صاحبها ووصفها وغرم له قيمتها (ثم) ان الصحاح التي قالت هي لك او لاخيك واردة في مقام بيان الحاجة من دون تقييد بالتعريف واقصى ما في ادلة التعريف اطلاق الامر به وهو غير منصرف بحكم التبادر وسياق اكثر النصوص المشتملة عليه الا الى لقطة الاموال غير الضوال وهذا جيدان انحصر دليل الخصم في ذلك لكنه غير منحصر فيه كما ستسمع ثم انها اي الصحاح ساوت بينه و بين الذئب والذئب لا يعرف (وفيه) انه ساوت بينه و بينه والذئب لا يغرم مع انه يغرم ولا ترجيح في الدروس والتنقيح وفي التحرير ان الوجه وجوب التعريف كغيرها وهو خيرة مجمع البرهان والرياض

وكذا صغار الابل والبقر وغيرهما « متن »

ويدل عليه صحيحة قرب الاسناد المصرح فيها بالشاة وصحيحة علي بن جعفر المصرح فيهـا بالدابة وصحيحة صفوان المصرح فيها بالضالة وقد سمعت الجميع وخـبر جراح المدائني لا يأ كل الضـالة الا الضـالون اذا لم يعرفوها وليس هناك دابة ولا ضالة يجوز التقاطها ويمكن القول بوجوب تعريفها الا الشاة وصغار الابل والبقر والشاة اظهر الافراد فان البعير وما ضاهاه اما حرام الاخذ او جائزه بلا تعريف مضافاً الى ترك الاستفصـال ودليل الاستصحاب (قوله) ﴿ وكذا صغار الابل والبقر وغيرهما ﴾ اي حكمها في جواز اخذها وتملكها اذا كانت في الفلاة حكم الشاة وقد حكيت عليه الشهرة في المسالك والكفاية وبه صرح في المبسوط والمراسم والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والمفاتيح وكذا كشف الرموز والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد لانه جعل في هذه الاربعة حكمها حكمها في جواز اخذها وستسمع الحال في ذلك وقد حكي في جامع المقاصد والمسالك عن التذكرة انه نسب فيها جواز الاخذ الى علمائنا وعبارة التذكرة خالية عن ذلك انما نسب الى علمائنا فيها جواز اخذ الشاة ثم قال بعد سطرين وكذا الحيوان الذي لا يمتنع من صغار السباع فلم يكن داخلا تحت معقد ما نسبه الى علمائنا وقد رأيت المولى الاردبيـلي يعترض بذلك ايضـاً ولا ترجيح في الشـرائع والدروس واللمعة والروضة والمسالك وجزم بالعدم في الكفاية والمقدس الاردبيلي تارة الحق وتارة منع منه وكلام ابي العباس في المهذب حيث قالـــ والحق بالشاة صغار الابل في جواز الالتقاط في الفلاة غير مهذب ولا محرر لان محل النزاع انما هو الالحـاق في التملك لا في جواز الاخذ فانه جوّز له اخذها على كراهيـة ومنع عليه اختيار تملكها واكلها في الحال وهذا ليس من الالحاق في شيء بل هي على هذا لقطة كالمال الصامت او يكون مخيراً بين الانفاق عليها وحفظها لمالكها او دفعها للحاكم ولم يقل احد بحرمة التقاطها كالشاة في العمران لانه محسن قطعاً الا ان نقولـــ ان ذلك من وظائف الحـا كم كما قال ذلك في مثـله في المبسوط كما يأتي وقريب منه اي المهذب ما في المقتصر ويلوح بل قد يظهر من جامع المقاصد موافقته حيث اقتصر في بيان التشبيه على جواز الاخذ ولم يذكر التملك وفي آخر كلامه ايماء الى ذلك والحاصل ان عبارته في المقام لا تعجبني وان امكن التنزيل ويراد من جواز الاخذ في عبارة التذكرة جواز التملك ايضاً قطعاً لتصريحه به مراراً بعد ذلك وما زاد كاشف الرموز على ما حكيناه عنه (وكيف كان) فالاصح الالحاق لمكان العلة المومى اليهـا في قوله هي لك او لاخيك او للذئب وهي انها لا تمتنع من صغار السباع فتكون في حكم التـالفة ولا فائدة للمالك في تركها ومنصوص العلة حجة سواء كانت نصة او ظاهرة او مومى اليها ولما كان المحقق يتوقف في منصوص العلة مطلقاً الا ان يكون برهانياً كان اول من توقف بناء على اصله وان كان فاسداً كما برهن عليـه في محله وتبعه من عرفت ولا يعجبني قول الشهيد الثاني والمولى الاردبيلي والخراساني ان الالحاق قياس بل قد يقـال ان المناط ايضاً منقح والمنقح له العقل بل والاجماع ان صح ما حكي عن التذكرة والكلام في الضمان والتعريف كما تقدم في الشاة فيضمنها لمالكها اذا وجد اذا اكلها وتملكها والظاهر هنا وجوب التعريف لمكان ادلة وجوبه في اللقطة ولا معارض لها كما في الشاة مضافاً الى صحيحتي علي بن جعفر وصفوان وخبر جراح فتـأمل ويبقى الكلام في عبارتي الارشاد فانه اولا وافق في الالحاق كما عرفت وبعد اسطر قال ولو اخـذ غير الممتنع في الفلاة استعان بالسلطان في النفقة الى آخره وقد فهم منه المقدس الاردبيلي الفرق بين صغار الممتنعات وغير الممتنع حيث جعل حكم الاول في الفلاة حكم الشاة دون الثاني قال وهذا القسم غير موجود في العبارات بل جعل فيها حكم الممتنع مطلقاً حكم الشاة قال وهذا من خصائص الكتاب (قلت) قد فسره بعض المحشين بما كان مثل البعير المريض والاعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضل عنه (قلت) هذا اما ممتنع من صغار السباع او غير ممتنع فان كان الاول خرج عن فرض المسألة وان كان الثاني كان حكمه حكم الشاة لان ظاهر جماعة وصريح آخرين كالشيخ وسلار وابن

ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعدوه « متن »

ادريس تعميم الحكم لما يشمل الدجاج والاوز ونحو ذلك وبذلك صرح في التذكرة والمسالك (قوله) ﴿ ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعدوه ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة للعلة المومى اليها في البعير وعصمة مال المسلم واستثنى في التذكرة والتحرير في مقامين في الاخير ما اذا خاف الواجد لها عجز مالكها عن استرجاعها فقوى جواز التقاطها وما اذا خاف ضياعها عن مالكها وعلى الاخير اقتصر في الدروس والروضة فما نسبه اليه في المسالك غير صحيح ولا وجه للاقتصار عليه كما ستعرف الا ان نقول انه يشمل الاول واستوجه في جامع المقاصد الاستثنائين واستحسنهما في المسالك قال في التذكرة لا يجوز اخذ الغزلان واليحامير وحمر الوحش في الصحارى اذا ملكت هذه الاشياء ثم خرجت الى الصحراء وكذا باقي الصيود المتوحشة التي اذا تركت رجعت الى الصحراء لانها تمتنع بسرعة عدوها عن صغار السباع وهي مملوكة للغير فلا تخرج عن ملكه بالامتناع كما لو توحش الأهلي اما لو خاف الواجد لها ضياعها عن مالكها او عجز مالكها عن استرجاعها فالاقوى جواز التقاطها لان تركها اضيع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ولو كان الغرض حفظها في نفسها لما جاز التقاط الاثمان فان الدينار محفوظ حيث ما كان انتهى وينسحب ذلك في الضوال الممتنعة كالابل وغيرها كما هو واضح قال في التذكرة الاقرب انه يجوز لكل احد اخذ الضالة صغيرة كانت ام كبيرة ممتنعة من السباع او غير ممتنعة بقصد الحفظ لمالكها والاخبار الواردة في النهي عن ذلك محمولة على ما اذا نوى بالالتقاط التملك اما قبل التعريف او بعده قال اما مع نية الاحتفاظ فالاولى الجواز وقد استحسنه في الروضة (قلت) اخبار الباب على كثرتها ظاهرة في ذلك ظهوراً كاد يلحق بالتصريح كقولهم لا يأكل الضالة الا الضالون ونحوه مما هو مثله او اظهر منه وفي صحيح البزنطي حيث سئل مولانا الرضا عليه السلام عن الطير المستوي الجناحين الذي يسوى دراهم كثيرة وهو يعرف صاحبه أيحل امساكه قال اذا عرف صاحبه رده عليه وقوى في المبسوط انه لا يجوز ذلك لغير الامام وبه جزم في السرائر والتحرير (قلت) هذا مذهب الشافعي محتجاً بانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن اخذها من غير ان يفرق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط (وانت خبير) بان الخبر الذي رووه ظاهر في انه يريد الالتقاط ثم انه لم يفرق فيه بين الامام وغيره ثم ان الشارع نبه على علة عدم الاخذ بانها محفوظة فاذا كانت في مهلكة انتفت العلة كما اذا غلب على ظنه افتراس الاسد لهذا البعير او كان قريباً من دار الحرب او السراق او نحو ذلك او ان هذا الطير يطير الى مكان يعجز صاحبه عنه الى غير ذلك فحاله كحال من خلصه من الحرق والغرق فاقتصار الشهيد على احد الاستثنائين مع نقله اكثر عبارة التذكرة حرفاً فحرفاً لا نعرف له وجهاً وجيهاً (وينبغي) تحرير كلام التحرير فانه قسم الحفظ قسمين حفظ لها بمعنى امساكها لصاحبها (لصاحبها ظ) من دون خوف عليها اصلا وبهذا الامساك عبر في المبسوط والسرائر وحفظ لها من خوف ضياعها او تلفها او عجز مالكها عن استرجاعها فوافق التذكرة في الثاني وجعل الاول كالمبسوط من وظائف الحاكم ونحن نقول اذا كانت محفوظة في نفسها ولا خوف عليها اصلاً لا يجوز للحاكم ولا لغيره اخذها كما هو قضية اطلاق الخبر والغالب ان من اضل شيئاً طلبه حيث ضيعه فلو اخذه الحاكم ضاع عنه واتعبه ولعل الظاهر من الشيخ وابن ادريس انه لا يجوز اخذها حيث يخاف عليها الا للحاكم عملاً باطلاق الاخبار الخاصة والعامة كما هو خيرة الشافعي وقد سمعت دليله ودليلنا واحتمال استنباط ذلك ايضاً من عبارة المبسوط بل والتذكرة لا يمنعه لكن مقتضي اصول المذهب ما ذكرناه وقال في الدروس وعلى الجواز فالظاهر انه يرجع بالنفقة اذا نوى الرجوع وتعذر الحاكم وحينئذ فالاقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملك بعدها وهو ظاهر ابن ادريس والمحقق ولم اقف على قول بالمنع من التعريف والتملك وعلى هذا يتجه جواز الاخذ اذا كان بنية التعريف

واماالعمران « متن »

والتملك بعد الحول ويحرم اذا كان بنية التملك (قلت) ينبغي عَلَى هذا التفصيل في النفقة فان كان نوى التملك قبل التعريف او بعده انفق من ماله ولا رجوع لانه فعل ذلك لنفعه وان نوى الحفظ دائماً رجع مع نية الرجوع وقال في الدروس وعن علي عليه السلام في اخذ الضالة اذا نوى الآخذ اخذ الجعل فنفقت ضمنها والا فلا ضمان عليه وفيه دليل عَلَى جواز اخذها قال وقال الفاضل يجوز اخذ الابق لمن وجده ولا نعلم فيه خلافاً ولا يضمن لو تلف بغير تفريط ومنع من تملكه بعد التعريف لانه يتحفظ بنفسه كضوال الابل وفيه اشعار بعدم جواز تملك الضالة وهو حسن في موضع المنع من اخذها واستشكل في الكفاية في المسألة اي مسألة جواز اخذ الغزلان ونحوها ثم قال ولا يبعد ادخالها في العمومات الدالة عَلَى حكم لقطة الاموال وقد عرفت الحال وانه لا اشكال (قوله) ﴿واما العمران﴾ قد قابل الاصحاب هنا الفلاة بها وقد طفحت عباراتهم بذكر الفلاة والمفازة والخربة في لقطة المال الصامت ولا بد من بيان ذلك ففي التنقيح المراد بالفلاة ما ليس بعامر والعامر ما فيه قرى مسكونة او اهل طنب قاطنون وفي جامع المقاصد العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت اهل الامصار والقرى او اهل البادية قال واهل المزارع والبساتين المتصلة بالبلد ولا تنفك غالباً من الناس من العمران ومراده ان الفلاة ما عداه وفي التذكرة ما يوجد قريباً من الفلاة حكمه حكم العمران والكل بمعنى وفي المبسوط والوسيلة ما يقضي بتحديد العمران بنصف فرسخ وان ما عداه فلاة قال ما كان في القرى والعمران وما يتصل به عَلَى نصف فرسخ الى آخره وفي الصحاح والقاموس ومجمع البحرين الخراب ضد العمران والعمارة ضد الخراب وان المعمور هو المأهول وقد عرفت ان الفلاة ضد العامر فيكون المراد بالخراب والخربة في صحيح محمد بن مسلم ما يشمل الفلاة وقد قوبل العمران بالمفاوز في كلام التذكرة وكلام العامة في عدة مواضع وقوبل فيهما ايضاً العمران بالصحراء بل في مسألة واحدة تارة يقابل العمران بالصحراء وتارة بالمفاوز وقد اردفت الصحراء بالفلاة في عدة مواضع من التذكرة وقوبل بهما مقابلها العمران وقد قوبلت الصحراء بالبلدان في التحرير في لقطة الطعام وقد فسرت الصحراء بالبرية في الصحاح ومجمع البحرين وفسرت البرية بالصحراء في النهاية والصحاح والمصباح المنير وزيدت الواسعة في مجمع البحرين وقال في القاموس الصحراء الارض المستوية في لين وغلظ والفضاء الواسع لا نبات به وفسر فيه الفلاة بالقفر او الصحراء الواسعة وفسر فيه القفر بالخلاء من الارض وفسرت المفازة في النهاية بالبرية القفر وفسر القفر في الصحاح والمصباح بالمفازة وقال في الصحاح ان المفازة واحدة المفاوز وفسرت المفاوز بالفلاة لا ماء فيها في القاموس والمصباح المنير ولم يبينوا مقدارها ولا مقدار بعدها عن العمران فتصدق عَلَى ما كان بعيداً عن العمران بفرسخ او اكثر حيث يصدق انه فلاة ويكون خالياً عن الماء ويصدق عليه انه قفر لكن هذا اغني تفسير القفر بالمفازة والمفازة بما لا ماء فيها (يقضي ظ) بان ما كان بعيداً عن العمران بالف فرسخ وفيه ماء انه ليس قفراً ولا مفازة وفيه ما لا يخفى فالمدار عَلَى ما وافق منها العرف وكلام الاصحاب (وقد تحصل) ان الفلاة والصحراء والبرية والقفر والخربة والمفازة بمعنى واحد في كلام الاصحاب وهو غير العامر المأهول المسكون والا فما كانت الامرأة التي تنبذ ولدها لتمضي مراحل عَلَى غير الطريق المألوف وتنبذه في ارض لا ماء فيها وما كانوا ليمنعوا عَلَى ملتقط الشاة وصغير البقر والحمير ان يلتقطها الا في ذلك المكان ويقولوا ان ما عداه من العامر الذي يحرم التقاطها فيه ويلزم ان لا يكون ملتقط السفرة التي فيها البيض والجبن والطعام في المفازة التي سوغ له مولانا الصادق عليه السلام اكله وتقويمه عَلَى نفسه في خبر الفقيه حيث صرح فيه بالمفازة وبها اسمي المفازة صرح وافتى في المقنع والمقنعة والنهاية ما التقط ذلك الا في ذلك المكان من الارض اعني الذي هو عَلَى غير الطريق في ارض بعيدة عن العمران بمراحل شتى لا ماء فيها لانها هي المفازة والفلاة كما فهمه بعض معاصرينا من

فلا يحل اخذ شيء من الضوال فيها وان لم تكن ممتنعة كاطفال الأبل والبقر فان اخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع و بين دفعها الى الحاكم « متن »

قولهم وما يوجد في خربة او فلاة او مفازة او برية عَلَى اختلافهم في التعبير فهو لواجده ان ذلك من الخرافات وما كانوا ليريدوا بالفلاة والمفازة والبرية والصحراء في الشاة واطفال البقر والحمير والابل والسفرة والطعام واللقيط معنى مغايراً لمعناها في لقطة المال الصامت ان ذلك لخطأ محض وجهل صرف (قوله) فلا يحل اخذ شيء من الضوال فيها وان لم تكن ممتنعة كاطفال الابل والبقر كما في الشرائع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض ومال اليه في الدروس لكنه في التذكرة استثنى خوف التلف والنهب وهو المشهور كما في جامع المقاصد والكفاية والمفاتيح والتنقيح وزاد فيه استثناء ما استثناه في التذكرة وفي مجمع البرهان انه يفهم من التذكرة انه لا خلاف فيه ولم نجد فيها ما يظهر منه ذلك وفي التنقيح ايضاً لا نعلم خلافاً في عدم جواز اخذ غير الشاة الا من الشيخ في المبسوط ثم قال المشهور المنع الا مع خوف التلف او النهب كما حكيناه عنه فتأمل وفي المهذب البارع والمقتصر الاجماع عَلَى المنع في الشاة وقال في المبسوط اما اذا كان في العمران وما يتصل به عَلَى نصف فرسخ او اقل له اخذها سواء كان حيواناً ممتنعاً او غير ممتنع ومثله ما في الوسيلة والجواز في الشاة ظاهر النهاية والسرائر والارشاد والمختلف واللمعة بل قد نسبه في الدروس الى الفاضل عَلَى البت بل قد يظهر ذلك في الشاة وغيرها من المراسم بل ومن المقنعة في آخر الباب منها ولا تغفل عما حكاه ابو العباس والمقداد وفي المسالك اما اذا كان ممتنعاً كالابل فلا شبهة في المنع من اخذه لان النهي في الفلاة يقتضي النهي عنه في العمران بطريق اولى (قلت) قد سمعت ما حكيناه عن المبسوط والوسيلة والمراسم (وقد يقال) عَلَى الاولوية ان الكبير لا يهتدي في العمران الواسعة الكبيرة للرعى وورود الماء فيكون ضائعاً كالصغير (حجة المنع) الاصل وانها في العمران محفوظة وان المفهوم من قولهم عليهم السلام هي لك او لاخيك او للذئب انها في غير العمران وقولهم عليهم السلام لا تمسها والضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها ويمكن المناقشة في الجميع (اما الاصل) فينقطع بصحيح صفوان من وجد ضالة ولم يعرفها وبخبر جراح الذي ذكرهم اخيراً و بعدم الاستفصال في حسنة هشام قال اني وجدت شاة فقال صلى الله عليه وآله وسلم هي لك الحديث والذئب تمثيل او انها اذا بقيت خرجت الى الفلاة فيأكلها الذئب وبما احب ان امسها محمول عَلَى الكراهة قطعاً لانه انما ذكر في صحيح معوية بن عمار الواردة في الشاة الضالة في الفلاة ومن ذلك يظهر حجة القول الآخر بل كلامهم فيما يأتي في النفقة يقضي بجواز الاخذ كما ستسمع (قوله) فان اخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع و بين دفعها الى الحاكم كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمهذب البارع والمسالك ومجمع البرهان ومرادهم انه اخذ غير الشاة من العمران سواء كان ممتنعاً او غير ممتنع وانه امسكها لصاحبها امانة كما صرح به في التذكرة (واما) ان عليه نفقتها حيث يختار امساكها لصاحبها من غير رجوع بها فلتبرعه حيث اخذ في موضع المنع لكن الانفاق من ماله عَلَى تقدير كونها امانة لا يتم ثم انها حينئذ امانة عامة شرعية يجب دفعها الى الحاكم فكيف يصح له ابقاؤها في يده (واما) انه له دفعها الى الحاكم لينفق عليها من بيت المال لانه من المصالح و يبرء بالتسليم اليه او يأمره بالانفاق عليها فلأنه ولي الغائب وو كيله (وفيه) انه اذا كان غير جائز يكون غاصباً ضامناً وقد قالوا في غير المقام انه لا ينفق عَلَى مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه او يبيعه فيه او ينفق الواجد له من عنده و يرجع ان كان اميناً وهو هنا غاصب فينفق ولا يرجع ولا نسلم كون الحاكم وكيلاً مطلقاً حتى في مثل هذه الصورة قولهم انه محسن قلنا الغاصب

فان تعذر انفق ولم يرجع ولو كانت شاة حبسها ثلاثة ايام فان جاء المالك والا باعها « متن »

ليس بمحسن ولعله لذلك ترك ذلك في الدروس وقال في جامع المقاصد في بعض هذه الاحكام بحث (قوله) ﴿ فان تعذر انفق ﴾ كما صرح به في جميع ما تقدم عدى الارشاد (قوله) ﴿ ولم يرجع ﴾ كما في المهذب البارع وجامع المقاصد وقال فيه انه المشهور فتأمل وقال في المبسوط اذا كان في العمران وما يتصل به على نصف فرسخ واقل له اخذها سواء كان حيواناً ممتنعاً او غير ممتنع وهو بالخيار بين ان ينفق عليها تبرعا او يرفع خبرها الى الحاكم ولا يأكلها فقد حكم بعدم الرجوع في صورة الجواز عنده ونحوه ما في الوسيلة وفي الشرائع والتذكرة والتحرير انه يرجع وقال في النهاية ومن وجد شيئاً مما يحتاج الى النفقة عليه فسبيله ان يرفع خبره الى السلطان لينفق عليه من بيت المال فان لم يجد وانفق هو عليه كان له الرجوع على صاحبه بما انفق هو عليه ومثله ما في المقنعة وكلامها في صورة الجواز وانكر ابن ادريس عليهما رجوعه اذا كانت النفقة في الحول لتبرعه وهذا الخلاف اعنى خلاف الشيخين وابن ادريس مذكور فيما يأتي من الكتاب والشرائع والنافع وغيرها وهو مفروض في كلامهم في صورة جواز الاخذ وهو في كلام الشيخين شامل باطلاقه بل بعمومه لما اخذ من العمران او الفلاة لانهما في الكتابين يجوزان اخذ الضوال من العمران فكلامهما فيما يتناول مسألتنا ويأتي تمام الكلام فيه ان شاء الله تعالى وكلام المبسوط من مسألتنا الا ان الاخذ عنده جائز وعند امعان النظر لا اختلاف بين كلامي المبسوط والنهاية لانه انما جوز له الرجوع في الآخر فيما اذا اراد رفع خبره الى السلطان ولم يجده فكأنه صار معذوراً وفي المبسوط انما منعه من الرجوع حيث لايختار رفعه الى السلطان والمفروض في الكتابين جواز الاخذ فلا منافاة ويدل على ذلك ما في المهذب البارع قال في صورة الجواز وان لم يرفع امرها الى الحاكم وآثر بقائها عنده انفق ولا يرجع بالنفقة اجماعاً انتهى وقد نسب الى ظاهر الدروس في جامع المقاصد في مسألتنا فيما اذا تعذر الحاكم وانفق انه توقف في عدم الرجوع حيث اسنده الى الشيخ ونسب اليه في المسالك التوقف في ذلك وفيما اذا انفق قبل الوصول الى الحاكم وقال ان الموضعين من سنخ واحد وقد علمت انه في الدروس لم يذكر مسألتنا هذه وانما قال فيه وهل يلحق بالشاة غيرها قال الشيخ في المبسوط وساق كلامه المتقدم ثم قال ومنع الفاضل من اخذها في العمران فلعلهما استنبطا ذلك من الدروس من نقله عبارة المبسوط هذه او من نسبته الى الشيخ عدم الرجوع في الشاة اذا انفق عليها او من نسبته اليه عدم الرجوع في النفقة على اطفال الابل والبقر اذا اخذها في الفلاة وهذه ايضاً يجوز اخذها في المبسوط لكنه اذا نسب الى الشيخ عدم الرجوع في صورة الجواز بحيث يظهر منه توقفه فيه لا يكون دالاً على توقفه في عدم الرجوع في صورة عدم الجواز فتأمل فكلامهما اي المحقق الثاني والشهيد الثاني غير محرر ويزيد الشهيد الثاني في جعله الموضعين من سنخ واحد مع انه قبل وصوله الى الحاكم له حالات مختلفة حكماً والذي يظهر بعد امعان النظر ان كلام الدروس ايضاً غير محرر لانه يظهر منه ان كلام النهاية مخالف لكلام المبسوط مضافاً الى امور آخر في كلامه تظهر لمن تدبر (اذا تحرر هذا) فوجه عدم الرجوع يعلم مما مر من انه غاصب ووجه الرجوع انه لما تعذر الوصول الى المالك والحاكم صار مأموراً من الشارع بالانفاق فكان مأذوناً فيه شرعاً فاذا نوى الرجوع لم يكن متبرعاً ولأنه محسن (قوله) ﴿ وان كانت شاة حبسها ثلثة ايام فان جاء المالك والا باعها ﴾ وتصدق بثمنها كما في النهاية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والدروس واللمعة والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر مجمع البرهان والكفاية التوقف قال في الاول سند الحكم رواية ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام انه قال جاء في رجل من اهل المدينة فسألني عن رجل اصاب شاة قال فأمرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام ويسأل عن صاحبها فان جاء صاحبها والا باعها

وفي اشتراط الحاكم اشكال وتصدق بثمنها وضمن اواحتفظه ولا ضمان وفي الصدقة بعينها اوقبل الحول بثمنها اشكال « متن »

وتصدق بثمنها وفي طريقها محمد بن موسى الهمداني وقد قيل انه ضعيف ويضع الحديث ومنصور بن العباس الذي قيل فيه انه مضطرب الامر والحسن بن فضال وعبد الله بن بكير وهي عَلَى خلاف الاصل والقوانين وليس فيها العمران وكأنها حملت عَلَى العمران للاجماع عَلَى عدم ذلك في غير العمران لكن الحكم مشهور انتهى وقال في الكفاية المشهور عندهم انه لا يجوز اخذ الشاة وانه لو اخذها احتبسها عنده ثلثة ايام من حين الوجدان ويسأل عن مالكها فان وجده دفعها اليه والا باعها وتصدق بثمنها ومستنده رواية ابن ابي يعفور وهي ضعيفة لكنها مشهورة بين الاصحاب وقد نسب ما يقضي بالعمل بها الى اطلاق الاصحاب واطلاق عبارات الاصحاب غير مرة في الايضاح والمهذب البارع وفي الرياض قد حملها الاصحاب عَلَى ما اذا اخذت من العمران وظاهرهم الاطباق عَلَى العمل بها (قلت) ان اراد ان العمل بها ظاهر من ذكر ما تضمنته فصريحه العمل بها وان اراد غيرهم ففيه انه لم يتعرض لذلك في المقنع والمقنعة والمراسم والوسيلة والغنية والتبصرة وغيرها بل في النافع ردها فكيف يكون ظاهرهم الا ان نقول انه استعلم مقالة من لا يعلم بمقالة من يعلم (قوله) ﴿ وفي اشتراط الحاكم اشكال ﴾ اقواه العدم كما في المهذب البارع وجامع المقاصد لان النص وعبارات الاصحاب خالية عنه كما قاله في الاول وفي الايضاح ان دليله عموم اطلاق الاصحاب (قوله) ﴿ وتصدق بثمنها ﴾ قد تقدم الكلام فيه (قوله) ﴿ وضمن ﴾ كما في التذكرة والدروس والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي جامع المقاصد بعد ان نسبه الى اطلاق الاصحاب وقد عرفت المصرح به قبله قال يشكل الضمان عَلَى تقدير كون العين امانة وتردد فيه اي الضمان في الكفاية وسكت عنه الباقون كما في الخبر وظاهرهم عدم الضمان وعَلَى تقدير القول بعدم جواز الاخذ يكون غاصباً ضامناً فتأمل ومراد من اطلق الضمان انه اذا لم يرض المالك كما هو صريح بعضهم كما هو ظاهر (قوله) ﴿ وحفظه ولا ضمان ﴾ كما في التحرير والايضاح والمهذب البارع والمقتصر والمسالك ولعله لان البيع جائز فيكون مأذوناً شرعا في قبض الثمن (وفيه) انه اذا كان الاخذ ممنوعاً كان عدواناً والعدوان يقضي بالضمان وتجويز البيع لا يقتضي عدم الضمان ولذلك استشكل في جامع المقاصد وقال في الروضة لا ضمان ان جاز الاخذ ثم انه حينئذ امانة شرعية وحكمها وجوب التصدق بها فوراً او دفعها الى الحاكم (وكيف كان) هل يجب عليه تعريفه حينئذ قال ابو العباس في المهذب الاظهر ذلك لخفاء حالها عن المالك قال ويحتمل ضعيفاً عدمه لانهم لم يذكروه وقال في المقتصر انما يجب التعريف طول الحول الاول ولا يجب بعده (قلت) فقد غايرت لقطة الاموال وظاهرهم عدم وجوبه اصلاً الا ما قد يظهر من الاستشكال في الصدقة قبل الحول في المسألة الآتية وعلى تقدير تعريفه ليس له تملكه بعد الحول نص عليه ابو العباس (قوله) ﴿ وفي الصدقة بعينها او قبل الحول بثمنها اشكال ﴾ هنا مسألتان (الاولى) هل يجوز التصدق بعينها ام لا اختير الثاني في الايضاح والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد جرياً عَلَى الاصل ووقوفاً عَلَى مورد النص (ووجه الاول) انه لا تفاوت بين العين والثمن فاذا جاز صرفها في الصدقة بواسطة البيع فليجز بغير واسطة وان البيع اثبات ولاية له في تصرفه وهو عَلَى خلاف الاصل ففي جواز الصدقة بها تقليل لخلاف الاصل (والمسألة الثانية) هل يجوز بيعها قبل الحول والتصدق بثمنها او يجب تعريفها سنة ثم يبيعها ويتصدق بثمنها كذا قال في الايضاح والاصح ان يقال هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولاً ام لا كما في المهذب البارع وجامع المقاصد اختير الاول في الايضاح بناء عَلَى ما فهمه والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد بناء عَلَى ما فهماه لاطلاق الاصحاب كما في الايضاح واطلاقهم

ويجوز التقاط الكلاب المملوكة ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها ان شاء ويضمن القيمة السوقية ويستحب الاشهاد عَلَى اخذ الضالة ولو التقط الصبي او المجنون الضالة انتزعها الولي وعرفها سنة فان لم يأت المالك تخير مع الغبطة في ابقائها امانة وتمليكه مع التضمين « متن »

واطلاق النص كما في المهذب البارع وقال في الروضة ظاهر النص والفتوى عدم وجوب التعريف (قلت) لا ريب ان ظاهر النص الصدقة بالثمن بعد البيع من غير شرط التعريف فلو كان مشروطاً لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة وجعل السبب الغير التام تاماً واقصى ما في ادلة التعريف اطلاق الامر به وهو غير منصرف بحكم التبادر وسياق اكثر النصوص الا الى لقطة الاموال غير الضوال وقال في جامع المقاصد لا دليل عَلَى تقييد الخبر بادلة التعريف اذ لا اولوية بين تقييد هذا الخبر او تخصيص تلك (وفيه) ان مجرد عدم الاولوية لا تقضي بالحكم والترجيح عَلَى انه قد يدعى الاولوية في تلك لان كانت اصح سنداً واكثر عدداً (ووجه الثاني) ان التعريف اقرب الى وصول المال الى مستحقه ولانه ربما كان فائدة البيع والتصدق بالثمن ذلك دون التصدق بالعين مضافاً الى الاحتياط واستدل له في الايضاح بعموم الامر بالتعريف وبالاحتياط لانه يجوز في اثناء السنة ظهور المالك وتعلق غرضه بعين ماله ولا ريب ان التعريف احوط وقد يظهر من كلامهم انه لا يجب عليه تعريفها في الايام الثلاثة وقال ابو العباس في كتابيه نصاب التعريف ثلاثة ايام وهو الظاهر من النص حيث قال عليه السلام ويسأل عن صاحبها وهل يجوز ان تبقى عينها امانة نص عليه في التحرير والمهذب البارع والمقتصر والمسالك والروضة وهو يخالف حكم الامانة الشرعية واوجب التعريف ابو العباس في كتابيه لو اراد بقائها عنده وقال ليس له تملكها بعد الحول وفي الروضة ليس له تملكها مع الضمان عَلَى الاقوى للاصل (ويبقى) هنا شيء وهو انه لو كانت الشاة وغيرها من الضوال كالكلاب المملوكة التي يجوز التقاطها وتملكها قيمتها دون الدرهم هل يجوز تملكها من غير تعريف كما فيما دون الدرهم من الاثمان والعروض او تقول ان الضوال يجب تعريفها ولا يفرق فيها بين القليل والكثير عملاً بالاطلاق ولعل هذا هو الظاهر (قوله) ﴿ يجوز التقاط الكلاب المملوكة ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها ان شاء ويضمن القيمة السوقية ﴾ كما في المسالك ونحوه ما في الشرائع لكنه اقتصر عَلَى ذكر كلب الصيد ومثله ما في المبسوط لكنه لم يصرح فيه بالجواز قال اذا وجد رجل كلباً فانه يعرّفه سنة فان لم يجئ صاحبه بعد السنة فله ان يصطاد به فان تلف في يده ضمنه لان كلب الصيد له قيمة انتهى ولعله لانه مال مملوك ومن ثم جاز بيعه ولزم قاتله قيمته او ديته وهذا جار في باقي الكلاب التي لها قيمة ولعلها انما خصاه بالذكر لان الاصحاب اتفقوا عَلَى جواز بيعه الدال عَلَى كونه مالاً واختلفوا في غيره ومنع من التقاطها في التذكرة والتحرير لانه ممتنع بنفسه واحتمل في الدروس التفصيل بين خوف ضياعه عَلَى مالكه وعدمه فاجازه في الاول ومنعه في الثاني ولم يصرحوا بانه يملكه لكنه قضية كلامهم وقد جزم المصنف هنا بالتعريف ولم يستشكل في الضمان وهو خلاف ما تقدم له في الشاة ونحوها اذا وجدها في الفلاة فتأمل (قوله) ﴿ ويستحب الاشهاد عَلَى اخذ الضالة ﴾ قد تقدم الكلام في مثله ويأتي فيما هو من شكله (قوله) ﴿ ولو التقط الصبي او المجنون الضالة انتزعها الولي وعرفها سنة فان لم يأت المالك تخير مع الغبطة في ابقائها امانة وتمليكه مع التضمين ﴾ قد تقدم الكلام في جواز التقاط الصبي في اول الفصل الثاني مسبغاً (واما) ان الولي هو الذي يعرّفها وينتزعها فقد صرح به في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية اطلاق الدروس في آخر الباب وبذلك صرح في المبسوط وغيره في لقطة الاموال كما يأتي والوجه فيه ظاهر لانهما لا يؤمنان عَلَى عدم اتلافه وانه يجب عليه حفظها كما يجب عليه حفظ مالهما لانه يجب عليه حفظ ما يتعلق بهما من المال وحقوقه وهذا من حقوقه (واما) ما ذكره المصنف من انه يتخير

واذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق انفق ورجع عَلَى اشكال ويتقاص مع المالك لوانتفع بالظهر وشبهه « متن »

مع الغبطة بين الامرين فلم يوافقه عليه احد فيما اجد والذي في المبسوط كما تقدم والتحرير والتذكرة والشرائع والمسالك في المقام انه ان كانت الغبطة في تمليكه وتضمينه اياها فعل والا ابقاها امانة وهو الذي صرح به الجماعة في لقطة الاموال الا ان نقول ان مراد المصنف انه اذا كانت الغبطة فيهما معاً تخير فتدبر (وحيث) يختار التمليك لا يعتبر فيها الاحتياج الى الاقتراض بل هو منزل منزلته فيجوز وان كانا غنيين بناء عَلَى انه اكتساب لكنه قال في المبسوط ان كان المولى عليه من اهل من يستقرض له فانه يستقرض له (يستقرضه خ ل) له عَلَى انه ان جاء صاحبها ضمنها بالمثل او القيمة وان لم يكن من اهل من يستقرض له حفظها وتكون في يد الولي امانة (وكيف كان) فلم يتقدم للمصنف في الكتاب تصريح بوجوب تعريف ضالة وان له تملكها بعد التعريف الا الكلاب الا ان نقول انه لم يصرح ايضاً بتملكها فتأمل (قوله) ﴿ واذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق انفق ﴾ لا ريب في وجوب الانفاق عليه اذا لم يجد سلطاناً كما في جامع المقاصد لوجوب الحفظ ولا يتم الا به وبه طفحت عباراتهم من دون تأمل ولا خلاف كما طفحت عباراتهم بان السلطان اذا وجد ورفع امره اليه انفق عليه من بيت المال صرح بذلك في المقنعة والنهاية والسرائر والنافع والتحرير واللمعة والمهذب البارع والمقتصر والروضة والمسالك وغيرها (وفيه) ما تقدم من انه لا ينفق عَلَى مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه او يباع فيه واطلق في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها كالكتاب وفي جامع المقاصد اذا لم يجد سلطاناً ليسلم اللقطة اليه او يستأذنه في الانفاق وهذا اشبه لانه اذا سلمها اليه فعل ما يراه الحظ من بيعها وتعريف ثمنها او يرسلها في الحمى كما في التذكرة ولم يذكر بيت المال (قوله) ﴿ ورجع عَلَى اشكال ﴾ الرجوع خيرة المقنعة والنهاية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وقد نسبه الى الشيخين وسلار واتباعهم في كشف الرموز (قلت) لا تعرض له في المراسم والوسيلة وفي المسالك والكفاية انه الاشهر وفي جامع المقاصد والرياض انه قول الاكثر بل في الاخير لعل عليه عامة من تأخر (قلت) لا ترجيح في التحرير والدروس والتنقيح والمفاتيح والوجه في الرجوع ان ايجابه شرعاً يقتضي حصول الاذن من الشارع وهو يقضي بالرجوع اذا لم يتبرع ولاداء عدمه الى الاضرار بالالتقاط لانه ان انفق ولم يرجع كان الاضرار بالملتقط وهو يؤدي الى التباعد عن اخذ اللقطة واذهابها عَلَى مالكها وهو اضرار باللقطة او بمالكها والمخالف صاحب السرائر قال والذي ينبغي تحصيله في ذلك انه ان كان انتفع بذلك قبل التعريف والحول وجب عليه اجرة ذلك وان كان انتفع بلبنه وجب عليه رد مثله والذي انفقه عليه يذهب ضياعاً لانه بغير اذن من صاحبه والاصل برائة الذمة وان كان بعد التعريف والحول لا يجب عليه شيء لانه ماله هذا ولا يشترط الاشهاد كما في المختلف وجامع المقاصد والروضة وقرب اشتراطه في التذكرة وقد تقدم الكلام في مثله مراراً وقال فخر الاسلام في ضابط ذكره انه انما وجب الشارع النفقة او امره المالك او الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرع ويكفي فيه البناء عَلَى الاصل وان لم توجد هذه الثلثة ولا واحد منها وجازت النفقة شرعاً ولم تكن من اذن المالك او الحاكم فلا بد فيه من قصد نية الرجوع والا فلا رجوع له (ولم لم) ان ذلك كله في صورة جواز الاخذ كما هو صريح جماعة كثيرين وظاهر آخرين نعم في المسالك اذا وجب ابقاء الضالة الخ فتأمل ثم ان هذا يتم في ما اذا خاف التلف في الحمير والكلاب اذا لم نلحقها بالبعير وقد يكون اراد صغار الحمير والبقر لكن حكم هذه عنده حكم الشاة فتأمل (قوله) ﴿ ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه ﴾ كما في الشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والتبصرة واللمعة والمهذب البارع

والضالة امانة مدة حول التعريف فان قصد بعده التملك ملك وضمن والا فلا الا مع التفريط ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ اوقصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما «متن»

والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لان لكل منهما حقاً عند الآخر فيتقاصان كسائر الحقوق وقال في النهاية وان كان ما انفق عليه قد انتفع بشيء من جهته اما بخدمته او ركوبه او لبنه كان ذلك بازاء ما انفق عليه ولم يكن له الرجوع عَلَى صاحبه وقد سمعت ما في السرائر من انهُ لاعوض له عَلَى الانفاق ولا ترجيح في الدروس (وقد قيل) في المهذب البارع وغيره في توجيه كلام الشيخ انه لعله حمله عَلَى الرهن لانه يختار ذلك في باب الرهن والتعويل في ذلك عَلَى رواية السكوني الظهر يركب اذا كان مرهوناً وعَلَى الذي يركب النفقة والدر يشرب «الحديث» وضعفوه بمنع الحكم في الاصل وانه قياس عَلَى انه قد اشترط في الرواية الرهنية و بضعف السند وقصور الدلالة لجواز ارادة التقاص و يكون الخبر ورد للاذن بالانتفاع بالظهر واللبن (قلت) قد تقدم لنا ان الشيخ في الرهن ومن وافقه كالحلبي وابن حمزة وابن سعيد قد استدلوا بقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابي ولاد ان كان الذي يعلفها فله ان يركبها وفيما نحن فيه بقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابن محبوب ولكن استخدمها بما انفقته عليها لكن ذلك يخالف القواعد المقررة عَلَى ان لك ان تقول ان صحيحة ابن محبوب غير صريحة ايضاً في عدم المقاصة بل انها تدل عَلَى جواز الاستخدام بالاتفاق فتحتمل مع ذلك انه يرجع بالزيادة و يرد مع النقيصة هذا والذي يظهر منهم انه يجوز له ذلك الانتفاع مع التقاص من غير اذن الحاكم وهو ظاهر صحيحة ابن محبوب كما في مجمع البرهان وقال في الروضة ظاهر الفتوى جواز الانتفاع لاجل الانفاق سواء قاص ام جعله عوضاً ونفى الخلاف عن ذلك في الرياض مستنداً الى ما في الروضة (قلت) قد قلنا في الرهن ان رهنه مع عدم الانفاق قرينة الاذن فيه وفي التصرف بل قد يفسد الرهن من دون ركوب او حلب ومنه يفهم الحال في المقام فتأمل والمراد بالمقاصة هنا ان ينظر في قيمة ما انتفع به وقدر ما انفق فان تساويا تهاترا وان تفاوتا رجع صاحب الفضل ومن البعيد ارادة المقاصة المشروطة بالشرائط المعلومة اذا حصلت (قوله) ﴿والضالة امانة مدة حول التعريف فان قصد بعده التملك ملك وضمن والا فلا الا مع التفريط ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ او نوى الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما﴾ كما صرح بذلك كله في الشرائع والمسالك وكذا التحرير ولا ريب ان اللقطة امانة في يد الملتقط ما لم ينو التملك او يتعدى او يفرط فان نوى الاحتفاظ دائماً فهي امانة كذلك ولو اخذها بنية التعريف حولاً والتملك من بعده فهي في الحول امانة غير مضمونة وقد عرفت في اول باب الوديعة ان اللقطة امانة شرعية لانطباق تعريفها عليها لكن الحكم مختلف ولهذا زاد ابو العباس في تعريفها ما اقره الشارع عَلَى امساكها ليدخلها و يدخل الوديعة بعد موت المودع المشغول الذمة بحجة الاسلام (واما) انه يملك و يضمن بعد التعريف المعتبر اذا نوى التملك فلانتقالها الى ملكه عَلَى وجه الضمان (واما) انه لايضمن اذا قصد الاحتفاظ بعد الحول ولم يقصد التملك لانه امين محسن للمالك بحفظ ماله وحراسته فلا يتعلق به ضمان وحاله لم تختلف قبل الحول ولا بعده و يجوز له دفعها الى الحاكم ويجب عليه القبول بخلاف الوديعة (واما) الضمان مع التفريط فظاهر (واما) انه يضمن لو قصد التملك ثم نوى الحفظ فلأنه لا يحل له اخذها بهذه النية فاذا اخذها كذلك كان غاصباً ضامناً سواء تلفت بتفريطه ام لا فان دفعها الى الحاكم فالاقرب زوال الضمان ولو لم يدفعها الى الحاكم بل عرفها حولاً فالاقرب ايضاً انه يجوز له التملك لان عمومات النصوص تتناوله لانه قد اوجد سبب الملك وهو التعريف والالتقاط فيتملكها بذلك فيكان كما لو دخل حائط غيره بغير اذنه فاصطاد منه صيداً فانه يملكه وان كان دخوله محرماً ولو اعتبرت نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق

(الفصل الثالث في لقطة الاموال)وفيه مطلبان (الاول) في الاركان وهي ثلاثة(الاول) الالتقاط وهو عبارة عن اخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولا او للحفظ عَلَى المالك وهو مكروه وان وثق من نفسه ان كان في غير الحرم وفيه يحرم عَلَى رأي ولايحل تملكه وان عرف طويلا « متن »

والصبي والسفيه لان الغالب عَلَى هؤلاء نية التملك حين الالتقاط من دون تعريف (ويحتمل) انه لا يمكن من التملك لانه اخذه عَلَى وجه لا يجوز له فاشبه الغاصب وقد نفى عنه البأس في التذكرة (واما) انه يضمن لو نوى الحفظ ثم نوى التملك فلما تقدم في باب الوديعة من ان سبب امانته مجرد نية التعريف وانه استئمان ضعيف لانه لم يثبت من جهة المالك ولا ممن يقوم مقامه فيزول بادنى سبب واحداث نية الاخذ من قصد الخيانة وذلك بخلاف الوديعة فان الاستئمان فيها من المالك لكن ذلك لا يخل بتعريفه ولا يتملكه بعد الحول (و يبقى) الكلام ايضاً في وجود هذه الضالة التي يجب تعريفها وابقائها مدة الحول وليس هي الا ما يخاف تلفه والحمير ان لم تلحق بالبعير او صغار الابل والبقر والحمير عَلَى تأمل (قوله)

الفصل الثاني في لقطة الاموال

وفيه مطلبان الاول في الاركان وهي ثلثة الالتقاط وهو عبارة عن اخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولاً اوللحفظ عَلَى المالك ﴾ الاولى ان يقيد المال بالصامت لئلا ينتقض في طرده بالحيوان الضائع حتى العبد فانه داخل في المال المطلق كما ان الاولى ان يقيد الضائع بما لا يد لاحد عليه ليخرج الضائع المقبوض لانه ضائع مالم يصل الى مالكه الا ان تقول في الاول ان اللقطة صارت اصطلاحاً في غير الحيوان ويمكن ان يجاب عن الثاني بنوع من العناية بان يقال ان الضائع صار اصطلاحاً فيما لا يد لاحد عليه ومقتضى قوله للتملك بعد التعريف انه لو اخذه للتملك مطلقاً انه لا يكون لقطة وكذلك لو اخذه ذاهلاً عن احد الامرين المذكورين في العبارة مع انه لقطة فيهما كما مر ويأتي واذا عرفه فيهما ملكه الا ان تقول اللام للعاقبة فتأمل ولا ريب ان ضياع المال عن مالكه معتبر في اللقطة كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ وهو مكروه وان وثق من نفسه ان كان في غير الحرم ﴾ قد تقدم الكلام فيه في الفصل الثاني مسبغاً وبينا ان الكراهيه تنتفي اذا خاف تلفها او التقاط من يتلفها (قوله) ﴿ وفيه يحرم عَلَى رأي ولا يحل تملكه وان عرف طويلاً ﴾ اختلف الاصحاب في لقطة الحرم (فالتحريم) خيرة النهاية في موضعين وجح الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس ولقطة المختلف والتذكرة في موضع منها والايضاح والمهذب البارع وغاية المرام وجامع المقاصد ومجمع البرهان والرياض وهو المشهور كما في المختلف والايضاح والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح ومجمع البرهان وزاد في الاخير الاجماع عليه وفي الروضة نسبته الى الاكثر (وليعلم) ان من الفتاوى المذكورة والشهرات ما صرح فيه بعدم الفرق بين القليل والكثير ومنها ما اطلق بحيث يشملها ويشمل ما كان بنية الانشاد و التملك لكن كلام النهاية يعطي ان ما نقص عن درهم يجوز التقاطه والانتفاع به وان كان في الحرم وفي اللمعة انه يحرم التقاط ما كان في الحرم بنية التملك وظاهره انه لا فرق فيه بين كونه قليلاً او كثيراً وجوز التقاطه بنية الانشاد وظاهره جوازه وان كان كثيراً وهذا خيرة الخلاف فيما وجدناه وقد نسب اليه في المسالك والكفاية انه كرهها مطلقاً والموجود فيه وفي المبسوط ادعاء اجماع الفرقة واخبارهم عَلَى عدم الجواز اذا اخذها بنية التملك ونفى الخلاف اي بين المسلمين عن الجواز اذا اخذها ليعرفها ويحفظها عَلَى صاحبها وظاهر الغنية انه لا فرق بين لقطة الحرم وغيره الا انه لا يجوز تملك لقطته ولا يلزمه ضمانها ان تصدق بها ثم قال ويدل عَلَى ذلك كله الاجماع المشار اليه وهذا هو الظاهر من المقنعة ونحوه ما في المراسم الا

ان ظاهره ايضاً كما هو المحكي في الايضاح عن القاضي ان ما كانت قيمته اقل من درهم انتفع به من دون تعريف وهذا ايضاً ظاهر المبسوط والخلاف في مقام آخر فيهما بل في الخلاف ان عليه اجماع الفرقة واخبارهم واما قوله في المقنعة بعد كلام طويل لا بأس ان ينتفع الانسان بما يجده ما لم تبلغ قيمته درهماً واحداً ولا يعرفه فاحتمال عوده الى غير الحرم اظهر لانه ذكر حكم لقطة الحرم ثم انتقل الى لقطة غيره وفرع ثم ذكر هذا الكلام وظاهر لقطة السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز وصريح الدروس وكذا الروضة انه ان كان دون الدرهم جاز اخذه والانتفاع به من دون كراهية وان كان ازيد من ذلك كان اخذه مكروهاً اذا كان مع نية الانشاد وقد حكي في السرائر كلام النهاية في الباب والحج وكلاهما بلفظ لا يجوز اخذه ولم يناقشه فيه بل فهم منه الكراهية والموافقة له وانما ناقشه في باب اللقطة في حكمه بعدم ضمانه اذا تصدق به وقال ان كلامه في باب الحج هو الحق اليقين لانه حكم بالضمان اذا تصدق به وقال في المقنع وان وجدت في الحرم لقطة فعرّفها سنة فان ظهر صاحبها والا تصدّقت بها ونحوه ما حكاه في المختلف عن والده في رسالته وهذا يقضي بعدم الكراهية وان لقطة الحرم يجب تعريفها مطلقاً كما ان هذين هما الظاهران من المحكي عن ابي علي وحكى كاشف الرموز عن الرسالة انه قال ان الافضل ان يترك لقطة الحرم وفي المقنع ايضاً ان وجدت ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه والكراهية خيرة التبصرة والتذكرة في موضع آخر منها والمسالك والمفاتيح وكذا الروضة والكفاية بمعنى انهم اطلقوا الكلمة ولا ترجيح في التنقيح ولم يبين حالها في لقطة الارشاد وحكي عن التقي القول بجواز تملكها بعد التعريف وهذا يقضي بعدم الحرمة لكنه قال في التذكرة لا يجوز تملكها عند احد من علمائنا اجمع وقال على القولين اي التحريم والكراهية لا يجوز التقاطها للتملك قطعاً عندنا بل ليعرفها و يحفظها و يتصدق بها بعد الحول عن صاحبها وقال في المختلف لا يجوز تملك لقطة الحرم اجماعاً بل يجب تعريفها الى آخره وهذه الاجماعات ظاهرة باعتبار السوق والمقام في ان معقدها غير ما دون الدرهم فقوله في المسالك لا يخفى فساد دعوى اجماع التذكرة لانه والمصنف وجماعة جوزوا تملك القليل لا يخفى فساده هذا تحرير كلام الاصحاب في المقام بعد فضل التتبع والتأمل ولا تصغ الى ما تراه على خلاف ذلك فقد وقع لجماعة منهم خلل كثير في ذلك (وقد تحصل) ان القول بالتحريم على الاطلاق ليس هو المشهور لان خلافه خيرة المقنع والمقنعة والنهاية على ما فهمه صاحب السرائر والخلاف والمبسوط والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر ولقطة الشرائع والنافع وكشف الرموز والتبصرة والتذكرة في موضع منها والدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وهو المحكي عن ابي علي وعلي بن بابويه والتقي وقد سمعت ما في الخلاف والمبسوط من نفي الخلاف في الجواز بين المسلمين اذا التقطه للانشاد وما في الغنية من دعوى الاجماع ومن قوله في السرائر هو الحق اليقين ولنتز بل كلام المحرمين المطلقين على ما اذا اخذه بنية التملك خلاف ظاهر جماعة منهم وتصريح آخرين على ان من القائلين بالتحريم من اشترط بعد ذلك العدالة منهم المصنف في الكتاب كما يأتي وهذا يقضي بالتخصيص ويأتي التحقيق (ثم) انهم اي القائلين بالتحريم اطلقوا القول بانها امانة من غير خلاف بينهم وانه مخير بين ابقائها امانة و بين التصدق بها عن مالكها ولهم في ضمانها اذا تصدق بها قولان (وانت خبير) بانه على القول بالتحريم ينبغي ان تكون مضمونة عليه لمكان عدوانه وان ابقاها امانة في يده فقولهم وما فرعوا عليه غير محرر ولهذا تردّد في جامع المقاصد ثم انه في التذكرة نفى العلم بالخلاف عن جواز اخذ لقطة الحرم للعبد لانها امانة وقد حكاه عنه في الدروس مستنداً اليه فاذا كانت جائزة للعبد بلا خلاف فبالاولى ان تجوز للحر اذا قصد مجرد الحفظ وليت شعري ماذا يقولون فيما يخشى فساده أيمنعون منه و يعطلون على الشارع غاية خلقه وعلى المالك الانتفاع بملكه (ونحن نقول) ان كان اخذها بنية التملك ولو بعد التعريف فاخذه حرام وان كان اخذه بنية الانشاد او كان اخذ ما دون الدرهم ونوى التملك فمكروه (اما الاول) فلمكان اجماع الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة والمختلف وقد استدل الشيخ والشافعي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا تحل

لقطتها اي مكة زادها الله شرفاً الا المنشد يعني لمعرّف وقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل ساقطها الا المنشد قالوا معناه لا تحل لقطتها الا لمعرّفها وقد يكون استند اصحابنا الى حسنة الفضيل بن يسار لمكان اسمعيل ابن مرار قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال لا يمسها واما انت فلا بأس لانك تعرّفها وخبر الفضيل بن يسار قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال لا تمس ابداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت فان كان مالاً كثيراً قال فان لم يأخذها الا مثلك فليعرّفها وعليه تنزل رواية ابي بصير عن علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فاخذه قال بئسما صنع ما كان ينبغي ان يأخذه قال قلت قد ابتلي بذلك قال يعرفه قلت فانه قد عرّفه فلم يجد له باغياً قال يرجع به الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهو لهضامن ومرسل ابراهيم ابن ابي البلاد قال الماضي اعني العسكري لقطة الحرم لا تمس بيد ولا برجل وقد استدل القائلون بالتحريم مطلقاً بهذه الاخبار وبقوله جل شأنه او لم يروا انا جعلنا حرماً أمناً ذكر ذلك في المبسوط والايضاح وغيرهما وضعّف في المسالك الجميع بما يرجع حاصله الى منع دلالة الآية وضعف اسانيد الروايات مع تضمن بعضها لفظة لا ينبغي الصريحة في الكراهية وبعضها لفظة فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها الظاهرة في الكراهية اذ لو كان محرّماً لساوى غيره بل الظاهر منه ان اخذ الثقة غير مكروه او اقل كراهية وحال مطلق اللقطة كذلك بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ماهو اصح سنداً (منها) كان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لاهله لا تمسوها (ومنها) لا تعرّض لها (قال) و يؤيد الحكم بالكراهية الخبر عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال اما بارضنا هذه فلا تصلح وقال شيخنا في الرياض في جميع ما ذكره عدا الجواب عن الآية نظر لانجبار قصور الاسانيد بالشهرة الظاهرة المحكية في كلام جماعة واعتضاده باصل حرمة التصرف في ملك الغير الا برخصة من الشرع هي في المقام مفقودة (قلت) قد عرفت حال الشهرة وان الشهرة المعلومة والاجماعات المنقولة على خلاف ذلك والاصل مقطوع والرخصة موجودة بالاجماعات واطلاقات الاخبار كقول الصادق عليه السلام في خبر اليماني لقطة الحرم تعرف سنة فان وجد صاحبها والا تصدق بها وخبر الحسين بن كثير عن ابيه ونحوه خبر علي بن جعفر وصحيحة الحلبي والضعف في بعضها منجبر بالشهرة معتضد بالاجماعات وقال في الرياض في رد ما في المسالك لفظة لا ينبغي وان اشعرت بالكراهية الا ان بئس ما صنع اظهر دلالة على الحرمة منه على الكراهية ودعواه الصراحة ممنوعة كيف لا واستعماله في الحرمة والاعم شائع في الاخبار حتى انكر بعض الاصحاب اشعاره بالكراهية (قلت) لا ريب ان لا ينبغي ظاهر في الكراهية كما ان بئسما صنع ظاهر في الحرمة فظاهران تعارضا وستعرف الراجح وقال في الرياض في رده ايضاً دلالة ان لم يأخذها الا مثلك على الكراهية غير نافعة للقائلين بالكراهية لعدم تفصيلهم في الحكم بين الفاسق والثقة نعم ربما يوجد هذا التفصيل في كلام بعض القائلين بالحرمة فتكون ضارة لهم لا نافعة (قلت) قد عرفت انهم يفهمون من النهي في هذه الاخبار ارادة الاخذ للتملك لا لتعريفها لصاحبها وقال في الرياض في رد المسالك واما النصوص الصحيحة المتضمنة لنحو ما في روايات المسألة من المنع عن اخذ مطلق اللقطة فهي مما تؤيد القول بالحرمة لاطلاقها بالمنع الشامل للقطة الحرم وغيره ولا اجماع على تقييده بالثاني وانصراف النهي فيها الى الكراهية لوقوع الخلاف فيه ايضاً حرمة وكراهية كما يستفاد من المختلف حيث قال الاشهر الكراهية بعد ان حكى المنع عن الصدوق والنهاية (قلت) الاجماع على انصراف النهي فيها الى الكراهية معلوم ومنقول في عدة مواضع كما تقدم في الفصل الثاني بل هو مستفاد زيادة على ما تقدم من موضع آخر من التذكرة ومن التنقيح ثم انه في المختلف لم يحك المنع عن النهاية تصريحاً ولا ظهوراً وانما قال ان عبارتها تشعر بذلك وحكى كلام الصدوقين (الصدوق خ ل) برمته ونسب الى الاول اولوية الترك ولم ينسب المنع الى الثاني ثم انه متى كان مثل ذلك يقدح عنده في الاجماع بل التقييد يقضي به مرسل الفقيه المنجبر بالشهرة وهو قوله عليه السلام افضل ما يستعمله الانسان في اللقطة

و يستحب الاشهاد « متن »

اذا وجدها ان لا يأخذها ولا يتعرض لها والاطلاق ينصرف الى الغالب وهو لقطة غير الحرم لا الى النادر مضافاً الى خبر الخاتم الذي في يده الذي جاء به السيل فلا ريب في تقييد تلك الصحاح ثم قال في الرياض وعلى تقدير الاجماع على الكراهية فلا دلالة فيه على التقييد المتقدم اليه الاشارة بعد احتمال كونه مقيداً لها بصورة العكس اي التحريم وانها لقطة الحرم قال بل هذا اولى لتعدد المجازية في الاحتمال الاول من التقييد وصرف النهي فيها الى الكراهية ولا كذلك الثاني فان اللازم فيه انما هو الاول و يكون النهي فيه باقياً على الحرمة (قلت) على صورة العكس ينبغي ان يقيد ايضاً بصورة نية التملك وعدم نية التعريف والحفظ للمالك ثم ما الباعث لحمل هذه الاطلاقات على الفرد النادر جداً فان كان الباعث تعدد المجاز فمحذوره مما يضمحل بالنسبة الى الندرة والاجماعات والمرسل المنجبر وان كان الباعث اخبار المسألة فقد عرفت المراد منها وعلى تقدير التسليم فلا يقوى ذلك على معارضة ذلك هذا وصرف النهي في هذه الصحاح الى الكراهية لمكان الاجماع والاخبار لا يقضي بصرف اخبار المسألة اليها مع قيام الاجماع على الحرمة بقصد التملك واستفادة ذلك من سوقها ومن اخبار العامة (واما) خبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمار الكوفي الذي ايد به صاحب المسالك الحكم بالكراهية في اخبار المسألة فهو هذا سألت ابا عبد الله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال اما بارضنا هذه فلا تصلح واما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله وهو محتمل وجوهاً (احدها) ان المراد من قوله عليه السلام لا تصلح انه تحرم لان الغالب قصد التملك بعد التعريف (الثاني) ان المراد انه اشد كراهية ان نوى التعريف والحفظ على المالك (الثالث) ان المراد انه لا فائدة فيه للمتقطه لانه لا يملكه بعد التعريف واما عندكم فانه يملكه وقد رواه في الرياض معولاً على المسالك انه سأله عن اللقطة بمنى فتوهم صاحب الرياض ان قوله بمنى صلة اللقطة لا صلة سأله فقال انها مشعرة بل ظاهرة في اختصاص الكراهية وعدم الصلاحية بمنى ولا قائل به من الطائفة واطال في ذلك في غير ماطائل والمراد بقوله عليه السلام بارضنا هذه ارض الحرم لا خصوص منى بقرينة قوله واما عندكم فان المراد به ارض الكوفة لأن يعقوب بن شعيب هو ابن ميثم التمار وهو كوفي (واما الثاني)وهو انه مكروه اذا كان اخذه بنية الانشاد فلنفي الخلاف فيه بين المسلمين في الخلاف والمبسوط مضافاً الى ما قد يظهر من الغنية من دعوى الاجماع وكذا السرائر بما لعله يفهم من قوله الحق اليقين والى ما في التذكرة من نفي العلم بالخلاف عن جوازها للعبد لانها امانة كما سمعت ولما في حسنة الفضيل بن يسار من قوله عليه السلام واما انت فلا بأس لانك تعرفها ولما في خبره فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في العامية لا تحل لقطتها الا لمنشد لا تحل ساقطتها الا لمنشد والضعف منجبر بالشهرة (واما الثالث) وهو كراهية اخذما دون الدرهم مع نية التملك لانك قد عرفت ان الاجماعات المدعاة على عدم جواز التملك لا تتناوله وكذا الشهرات على تحريم الالتقاط ان تمت ولقول الصادق عليه السلام في المرسل فما كان دون الدرهم فلا يعرف وعمومه لان كان لغوياً يشمل المأخوذ من الحرم وغيره وقوله عليه السلام في المرسل الآخر وان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك والارسال منجبر بالشهرة كما عرفت بل قد يحمل على ذلك خبر الخاتم الذي جاء به السيل ولا نظن ان احدا يمنع من اخذ التمرة او اللقمة او نحو ذلك من الحرم وقد تقدم الكلام في انه يملك من غير تعريف و يأتي ايضاً (قوله) ﴿ و يستحب الاشهاد ﴾ اجماعاً كما في الخلاف وليس واجباً عند علمائنا كما في التذكرة و به اي الاستحباب صرح في المبسوط واكثر ما تأخر عنه للاصل وعدم ذكره في اخبار الخاصة وخلو اكثر اخبار العامة وانما هو مأمور به في خبر واحد من اخبارهم ولو كان واجباً لذكر كالتعريف في اخبارنا واكثر اخبارهم الواردة في مقام الحاجة والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأنه اخذ امانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة واوجبه ابو

فيعرف الشهود بعض الاوصاف لتحصل فائدة الاشهاد ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ولوخاف ففي الجواز نظر و يحصل الالتقاط بالأخذ لابالروية وان اختصت بغير الملتقط اذا اعلمه بها ولو قال ناولنيها فان نوى الأخذ لنفسه فهي له والا فهي للآمر علَى اشكال «متن»

حنيفة والشافعي في احد قوليه ووجه الاستحباب انه به يصون نفسه عن الطمع و يحفظها عن ورثتــه لو مات وعن غرمائه لو افلس نعم يجب الاشهاد اذا حضرته الوفاة كما تقدم في الوديعة (قوله) ﴿ فيعرف الشهود بعض الاوصاف لتحصل فائدة الاشهاد ﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة قالوا يعرفهم بعض اوصافها كالعدة والوعاء والعفاص (١) والوكاء لا جميعها قال في التذكرة ينبغي له ان يشهد علَى جنسها و بعض صفاتها من غير استقصاء لئلا يذيع خبرها فيدعيهـا من لا يستحقهـا فيأخذها اذا ذكر صفاتها ان اكتفينا بالصفة او يواطئ الشهود الذين عرفوا صفاتها علَى التفصيل فيأخذها بشهادتهم امـا اذا ذكر بعض صفاتها واهمل الباقي انتفت هذه المخافة ولا ينبغي الاقتصار في الاشهاد علَى الاطلاق بان يقول عندي لقطة ولا علَى ذكر الجنس من غير ذكر وصف لئلا يموت فيكتمها الوارث قال وللشافعي قولان احدهما ان يشهد علَى اصلها قال ويجوز ان يذكر جنسها والثاني ان يشهد علَى صفاتها ايضاً لئلا يأخذهـا الورثة انتهى وهذان ذكرهما في المسالك لاصحابنا علَى الظاهر من كلامه وقال ان الاول اشـهر وهو غير صحيح اذ ليس لاصحابنا غير ما ذكرناه (قوله) ﴿ ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ﴾ كما في التـذكرة والدروس وجامع المقاصد لان الاخذ الذي يكون وسيلة الى الحرام حرام لكن عبارة التذكرة هكذا اذا علم الخيانة من نفسـه ومعناه انه يعلم من نفسه في الحال انه خائن لانه قال واما الامين في الحال اذا علم انه لو اخذها خان فيها وفسق فالاقرب الكراهية الشديدة دون التحريم وهذا بظاهره يخالف الكتاب وكذا قوله في التحرير ولو علم الخيانة من نفسه فالاقرب شدة الكراهية لا التحريم الا ان يراد من العلم الظن فتأمل جيداً والمراد بالخيـانة نيـة التملك والتصرف (قوله) ﴿ ولو خاف ففي الجواز نظر ﴾ قال في الايضاح الاصح التحريم وفي جامع المقاصد انه اولى لان الخوف من الوقوع في الحرم الموجب للنار يجب دفعه باجتناب ما يقتضيـه ولان الامانة لا تليق بمن لا يثق من نفسه وجزم بالكراهيـة في الدروس وهو جيد للاصل اي اصل جواز الالتقاط واصل برائة الذمة والمانع الذي هو الخيانة غير معلوم قال في الدروس وتتأكد اي الكراهية في حق الفاسـق وقد سمعت ما في التذكرة والتحرير ولعل المدار في الخلاف علَى ان خوف الخيانة هل هو من قبيل ما يتمسك فيه باصـل البرائة حتى يكون من قبيل مشتبه الموضوع او مما لا نص فيه او من قبيل ما حكم فيه العقل بضرب القـاعدة واعطاء القانون وهو ان دفع الضرر المظنون واجب فلا يتمسك فيه باصل البرائة ولعل نظر الشهيد الى الاول ونظر الفخر والكركي الى الثاني وتأمل المصنف لمقام قيام الاحتمالين (قوله) ﴿ ويحصل الالتقاط بالاخذ لا بالروية وان اختصت بغير الملتقط اذا اعلمه بها ﴾ يريد انه لا يحصل الالتقاط بالروية وان اختصت بغير الملتقط بان كان هو الرأي فأعلم الآخر بها فالتقطها كما اذا كان اعمى لان الحكم منوط بالالتقاط وان تسبب عن روية الآخر واعلامه كالاصطياد والاحتطاب كما في التذكرة وجامع المقاصد واليه اشار في المبسـوط وقد تقدم مثل ذلك في اللقيط (وقال) في جامع المقاصد لا يخفى ما في العبارة من التعقيد فان الاختصـاص بالروية مع تجدد روية الآخر غير مستقيم (قلت) هذا غير وارد لما مرّ من فرض كونه اعمى (قال) وكلمة اذا غير واقعة في الموقع (قلت) اذا فرضنا كونه اعمى كانت في موضعها (قال) وضميرها ليس له مرجع معين في العبارة (قلت) هو كذلك لكنه مستفاد منها اذ الالتقاط يستفاد منه اللقطة (قوله) ﴿ ولو قال ناولنيها فان نوى الاخذ لنفسه فهي له والا فللآمر علَى اشكال ﴾ ونحو ذلك ما يأتي له في باب الاجارة في عـدم

(١) العفاص ككتاب الوعاء فيه النفقة جلدا او خرقة وغلاف القارورة والجلد يغطى به راسها (قاموس)

(الثاني) الملتقط وهو كل من له اهلية الاكتساب (الكسب خ ل) وان خرج عن التكليف او كان عبداً او كافراً او فاسقاً نعم يشترط في لقطه الحرم العدالة « متن »

الترجيح في جواز الاستيجار للاحتطاب ونحوه من المباحات قال في التذكرة الحكم يبنى عَلَى جواز التوكيل في الاصطياد ونحوه فان سوغنا التوكيل عمل بمقتضي نية الاخذ والا كانت للآخذ خاصة ونحوه ما في الايضاح وجامع المقاصد وقال في الاخير وذلك مبني ايضاً عَلَى ان تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازة النية وهي القصد الى التملك ام يثبت بمجرد حيازتها وقال في باب الاجارة ان هذا البناء لا يصح وفي باب الوكالة انه غير واضح لانه انما يتم اذا قلنا ان المباح يملك بالحيازة عَلَى وجه القهر كالارث وان نوى عدم التملك ولا دليل يدل عَلَى ذلك وقد صرحوا بان من حفر بئراً في طريق لغرض الاستقاء منها مدة اقامته عليها يكون اولى بها الى ان يرتحل عنها ثم هو وغيره سواء فيها فيتصور جواز الاستيجار والتوكيل وان لم نقل بانه يشترط في تملك المباحات النية نعم نقول يشترط عدم نية الضد ومثل هذا ما قاله هنا انه لا بد من ان لا يقصد بالاخذ عدم التملك فلو حوّل شجراً او حجراً مثلاً مباحاً في الطريق من جانب الى جانب آخر قاصداً بذلك تخلية الطريق ونحو ذلك فدخوله في ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً ومثله ما لو نحى المال الضائع من جانب الى آخر فانه ينبغي ان لا يكون ملتقطاً وان ضمن مال الغير لاثبات اليد عليه عَلَى اشكال في هذا انتهى (قلت) لا بدّ في تملك المباحات من النية لظهور دعوى الاجماع من جماعة عَلَى عدم تملك الضائد (الصياد خ ل) الدرة التي في جوف السمكة مع الجهل بها واستفاضة الاخبار بذلك حكاها فيما حكي في الوسائل عن الكافي وقصص الانبياء والامالي وتفسير مولانا العسكري عليه السلام مؤيداً ذلك بقوله عليه السلام لكل امرء ما نوى ولا قائل بالفصل وما في مقامين من جامع المقاصد من منع صدق الحيازة هنا لان المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعد محوزاً شرعاً ولا عرفاً ولا لغة كما لو اخذ النائم الشيء فلا بد من قصد الحيازة واما قصد التملك فلا يشترط ففي محل المنع اذ الحوز الجمع وضم الشيء وكل من ضم الى نفسه شيئاً فقد حازه قاله اهل اللغة فتأمل ويأتي تمام الكلام (واما) ما في الايضاح من ان مجرد الاخذ يوجب الالتقاط كما في الصبي والمجنون من غير اعتبار القصد (فجوابه) ان اخذ الصبي مع نية الولي مملكة للمباحات مصححة للالتقاط فكان اخذه له جزء سبب فيهما وقد عرفت ان اخبار الباب خاصة بالمكلفين لتضمنها الامر بالحفظ او التصدق او التملك وشيء من ذلك لا يتوجه الى الصبي فوجوب الالتقاط في كلام الايضاح بمعنى ترتب احكامها عليه مشكل جداً بعد اقتضاء الاصل العدم فالحكم بجواز التقاطه خارج بالاجماع او ان التقاطه جزء سبب او كالتحجير وقد عرفت ايضاً ان اللقطة في ابتدائها امانة وولاية لان الشارع فوض اليه حفظها وتعريفها والاكتساب انما هو في انتهاء امرها واما اخذ المباحات غيرها فهو اكتساب محض فيمكن ان نقول انه لا بد في اللقطة التي يجب تعريفها من النية كما هو المعتمد عند علمائنا كما في التذكرة وان قلنا بعدم اشتراطها في تملك المباحات لانه لا بدّ فيها من نية الامانة في اول الامر والحفظ للمالك و بعد الحول يتخير بين البقاء عَلَى ذلك و بين التصدق بها عن المالك و بين نية التملك واما مالا يجب تعريفها فهي كسائر المباحات فلم يكن الحكم في المسألة مبنياً عَلَى ما ذكروه ويحصل من هذا انها لا تدخل في ملك الملتقط قهراً بعد التعريف بلا فصل كما عليه الاكثر لانه له ان يبقيها امانة او يتصدق بها عنه (وينبغي) التنبيه عَلَى فرع آخر وهو ما اذا رأى شيئاً مطروحاً عَلَى الارض فدفعه برجله ليعرف جنسه او قدره ثم لم يأخذه حتى ضاع فالظاهر انه لا يصير بذلك لقطة لكنه يضمنه لانه حركه ساكناً فلزمه (قوله) ﴿ الثاني الملتقط وهو كل من له اهلية الكسب وان خرج عن التكليف او كان عبداً او كافراً او فاسقاً ﴾ قد استوفينا الكلام في ذلك كله في الفصل الثاني (قوله) ﴿ نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة ﴾ قد صرح في الدروس بان اربعة لا يجوز لهم اخذ لقطة الحرم الصبي

ثم للعدل ان يحفظ اللقطة بنفسه او يدفع الى الحاكم وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى ان تمضي مدة التعريف ثم ان اختار الفاسق او الكافر التملك دفعه الحاكم اليه والا فالخيار للملتقط حينئذ ان شاء ابقاه امانة في يد الحاكم او غيره وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل «متن»

والمجنون والكافر والفاسق لانها امانة محضة وعليه نص في التذكرة والمسالك غير انه في التذكرة لم يصرّح بالمجنون وينبغي اضافة السفيه اليهم ونص في التحرير على عدم الجواز للثلاثة الاول وتردّد في الفاسق وتردّد في الشرائع في الاربعة ونصوا هؤلاء جميعاً على جوازها للعبد وسهى في جامع المقاصد كما في نسختين منها (منه ظ) فيما حكاه عن الدروس من عدم جوازها للعبد (وبيان الحال) انه لما لم يصح تملك لقطة الحرم التي يجب تعريفها بحال وقد سمعت الاجماعات الناطقة بذلك كانت امانة محضة وكان اخذها مجرد حفظ وولاية وهؤلاء الاربعة ليسوا اهلاً لحفظ الامانات فاذا اخذها احدهم لم يكن له ولاية ولا اولوية على حفظها بل يجب على الحاكم ان ينتزعها ويحفظها بما يراه واما العدل فتقرّ في يده على قصد الحفظ فيكون المصنف في الكتب الثلاثة قائلاً بالحرمة لغير العدل وهذا مما يوهن اطلاقهم كما نبهنا عليه هناك او يكون اراد على بعد انه يجوز للحاكم ائتمانه عليها وابقائه في يده فيزول التحريم حينئذ ان قلنا ببقاء وصف العدالة والا فقد يقال انه لو اصرّ على ابقائها في يده خرج عن العدالة ان جعلنا معصية التقاطها صغيرة (قوله) ﴿ ثم للعدل ان يحفظ بنفسه او يدفع الى الحاكم ﴾ كما في التذكرة والارشاد ومجمع البرهان والمفاتيح وهو قضية كلام الباقين لان الحاكم وليّ الغائب ومنصوب للمصالح فيجب عليه القبول لانه حفظ مال من هو وليه ووكيله وقد تقدم ان الاكثر خيروه في الشاة في الفلاة بين حفظها لمالكها ودفعها للحاكم وبين تملكها وخيروه ايضاً فيما اذا التقط مالا يبقى كالطعام بين تقويمه على نفسه ودفعه للحاكم وخيره جماعة فيما يحتاج بقائه الى مؤنة بين علاجه بنفسه وبين دفعه الى الحاكم وآخرون عينوا عليه الرجوع اليه وقد يلوح من سكوت الاكثر عن ذكر التخيير المذكور هنا وذكرهم له في المواضع الثلاثة انهم لا يجيزونه وليس كذلك (قوله) ﴿ وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى ان تمضي مدة التعريف ﴾ يريد بغير العدل الكافر والفاسق واما الصبي والمجنون فلا ريب انه لا يقر في ايديهما والمصنف خير الحاكم بين الامرين المذكورين وظاهره ان ذلك على سبيل الوجوب لعدم كونهما من اهل الامانة على مال الغير وقال ابو علي كان لولي المسلمين اخراجها من يده الى من يثق به عليها ونص في المبسوط على انها تقر في يده ونقل قولين احدهما انها تنزع من يده والآخر انها تترك ثم قال ومن قال انها لا تنزع فانه يضم اليه آخر وقد يظهر منه انه مختاره واختار في المختلف ابقائها في يده وفي التذكرة اوجب مع علم الحاكم بخيانتهما ضم مشرف اليهما والا استحب ولعله خيرة الدروس حيث قال ولا يضم الحاكم اليه مشرفاً على الاقرب واختاره في جامع المقاصد عملاً بالاصل والمراد به عموم الاذن في الالتقاط وربما كان للفاسق امانة والالتقاط في معنى الاكتساب لا استيمان محض فلا يعرض له الحاكم (وربما) استدل عليه بانها يخلى بينهما وبين الوديعة (وفيه) ان الاذن فيها من المالك وفي اللقطة من الشارع وليس له استيمان غير العدل على مال الغير ويأتي في الصبي ما يخالف ذلك فليلحظ ولا ترجيح في المسالك والمفاتيح ولم يتعرض لذلك غير من ذكرنا فيما اجد وظاهر الباقين انها تقرّ في ايديهما لانهم انما ذكروا تأكد كراهتها للفاسق قال في التحرير لم اقف لعلمائنا على نص في انتزاع اللقطتين من يد الفاسق او ضم حافظ اليه مدة التعريف وقد سمعت ما في المبسوط لكنه ليس نصاً واقصاه الظهور او لم يظفر به والمراد باللقطتين لقطة الحرم ولقطة غيره وفي جامع المقاصد انهما لقطة الحيوان ولقطة الاموال وعبارته كادت تكون نصاً فيما ذكرناه والامر سهل (قوله) ﴿ ثم ان اختار الفاسق او الكافر التملك دفعه الحاكم اليه والا فالخيار للملتقط ان شاء ابقاه امانة في يد الحاكم او غيره وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل ﴾

اما الصبي والمجنون فللولي نزعه من يدهما وتمليكهما اياه بعد مدة التعريف و يتولاه الولي او احدهما ولو اتلفه الصبي ضمن ولو تلف في يده فالأقرب ذلك لأنه ليس اهلا للامانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الايداع « متن »

الوجه في الجميع ظاهر (قوله) ﴿اما الصبي والمجنون فللولي نزعه من يدهما﴾ قد تقدم في باب الضالة صحة التقاط الصبي والمجنون وانا لم نقف فيه على مخالف وان كانت القواعد والاخبار قد تعطي خلاف ذلك كما مرّ مسبغاً و بيّنا انه لا يلتفت الى ما في الكفاية هنا وما في المفاتيح وقوله للولي نزعه معناه انه يجب عليه نزعه منه كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وهو ظاهر المبسوط والتحرير والوجه واضح لانهما ليسا من اهل الامانة واللقطة كالمال المملوك فكما يجب على الولي اخذ مالهما من ايديهما و يحرم تمكينهما منه خوف اتلافه فكذا يجب انتزاع اللقطة منهما ومع التقصير في انتزاع اللقطة منهما والتلف يضمن كما هو صريح التذكرة والتحرير والكتاب والايضاح وجامع المقاصد فيما يأتي لان هذا اكتساب الطفل كاحتطابه واحتشاشه فلا يجوز للولي جعله في يده لانه امين له فيجب عليه حفظ امواله فاذا تركها في يده كان مفرّطاً والامين اذا فرّط ضمن (قوله) ﴿وتمليكهما اياه بعد مدة التعريف﴾ كما نص عليه في التحرير والتذكرة والدروس والروضة يفعل بعد الحول الاحظ لهما ونحوه ما في المبسوط من ان المولى عليه ان كان ممن يستقرض له فانه يستقرضه له و يملكه اياه والا فلا وهو بناء على ان تملك اللقطة وتمليكها استقراض (وفيه) انه لو جرى مجرى الاقتراض لم يصح التقاطهما اي الصبي والمجنون فتأمل (قوله) ﴿ويتولاه الولي﴾ اي يتولى التعريف الولي كما نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والروضة وغيرها لانه قائم مقام كل منهما وهما ليسا من اهل التعريف كذا قال في التذكرة ولا نجده مانعاً منه اذا كان الصبي مميزاً اذ الغرض الاعلام وقد حصل فتأمل (قوله) ﴿او احدهما﴾ هذا من متفردات الكتاب ووافقه عليه في جامع المقاصد قال لتمكنهما من تملك المباحات وهذا في معناها وهو لا يتم في غير المميز والمجنون المطبق واحتمال ارادة تولي التمليك ان تمّ فيها بعيد وان احتاج التعريف الى مؤنة لم يصرف مال الصبي اليه ورفع الامر الى الحاكم ليبيع جزءاً منها لمؤنة التعريف (قوله) ﴿ولو اتلفه ضمن﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد اسبغنا الكلام في ذلك في اول باب الوديعة نقضاً وابراماً وقلنا ان مقتضى الاصول والضوابط عدم الضمان كما في حجر التذكرة والتحرير اذ لا دليل على كونه من باب الاسباب الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت وهو مختص بالمكلف لكن قد يظهر من جماعة ان الضمان اجماعي وقلنا انه يمكن الاستدلال بخبر السكوني من اخرج ميزاباً الحديث (قوله) ﴿ولو تلف في يده فالاقرب ذلك لانه ليس اهلاً للامانة ولم يسلطه المالك عليه﴾ ما قرّبه المصنف هو الاصح عند ولده وقد احتمله في التحرير وجزم في التذكرة بعدم الضمان لانه اخذ ماله اخذه وفي جامع المقاصد انه الاصح لكنه في باب الحجر قال ان الاهمال في الحفظ والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف فيلزمه ان لا يفرّق بينه و بين ما قبله فتأمل . ووجه عدم الضمان انه انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب لا يتعلق بهما لانه من خطاب الشرع وعلى في قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت ظاهرة في وجوب الدفع والحفظ فيكون الخبر من باب خطاب الشرع وقد حكموا في باب الوديعة انهما لو استودعا وتلفت لم يضمنا ولا فرق بين لقطتهما وايداعهما لانهما مأذونان في كليهما من الشارع لانه اذن لكل ملتقط وهما داخلان في ذلك (وليس) لك ان تقول انهما اثبتا يدهما على مال الغير بغير اذن من المالك فتكون يد عدوان لان كل ملتقط كذلك اذ لا اذن له من المالك وانما هي اذن الشارع فكان المال كأنه قد حصل في يده برضا المالك ولا يلزم من ذلك كونهما مستأمنين شرعاً بل المستأمن هو الولي ولهذا وجب عليه انتزاع العين من

ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي او تلف فالأقرب تضمين الولي وللعبد اخذ اللقطتين فان عرف حولا ثم اتلفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق وكذا لو لم يعرف ولو علم المولى ولم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ من تفريطه بالاهمال اذا لم يكن امينا ومن عدم الوجوب بالاصل «متن»

ايديهما فهما مأذونان باثبات اليد كسائر الملتقطين غير مكلفين بالتسليم للولي لعدم التكليف فانحصر الوجوب في الولي اذا علم بالالتقاط فلا يستقيم فرق المصنف هنا بين الايداع والالتقاط وقد اعترف بعدمه في التذكرة كما اوضح ذلك كله في جامع المقاصد (وايضا) لو كانت يدهما يد ضمان لوجب ان تكون يد الولي كذلك لان يده مبنية على يدهما ولا يلزم من امر الشارع اياه بالاخذ زوال الضمان الذي كان وبه اجاب في جامع المقاصد عما في الايضاح قال محصل ما بين به الشارح وجه القرب يرجع الى ان الصبي والمجنون لهما اهلية الاكتساب وليس لهما اهلية الامانة فيكون التقاطهما اكتسابا محضا لا استيمان فيه فاذا تلفت العين كانت مضمونة وربما يقال لا بعد فيه لكن التقط بنية التملك من اول الامر فيدهما من اول الامر يد ضمان ونظر فيه اي صاحب جامع المقاصد بانهما وان لم يكن لهما اهلية الامانة لا يلزمها الضمان بالتلف الحاصل من غير جهتهما وبان يدهما لو كانت يد ضمان لوجب ان تكون يد الولي كذلك وقد عرفت انه لولا ما يظهر من دعوى الاجماع والخبر لكان لنا تأمل في الضمان فيما اذا اتلفا (قوله) ﴿ ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي او تلف فالاقرب تضمين الولي ﴾ قد تقدم بيان وجه الاقربية ووجه العدم انه لم يدخل في يده والاصل براءة الذمة وهو ضعيف جدا (قوله) ﴿ وللعبد اخذ اللقطتين ﴾ قد تقدم الكلام في ان له اخذ لقطة المال الصامت والحيوان مستوفى في اول الفصل الثاني فيحتمل ان يريد لقطتي المال (الاموال خ ل) والضوال ولم يفهم غيره صاحب جامع المقاصد وان يريد لقطتي الحرم وغيره كما ذكره في التذكرة وبه فسر في المسالك عبارة الشرائع وقال في الدروس واما لقطة الحرم فجائز اخذها للعبد لانها امانة قال الفاضل لا نعلم فيه خلافا انتهى ومراده انه لا اشكال في اخذ العبد لقطة الحرم وانه ليس الحال فيه كالحل وما حكاه عن الفاضل هو قوله في التذكرة للعبد اخذ لقطة الحرم كما له اخذ لقطة الحل ولا يجوز له التملك ولا لسيده والمدبر وام الولد كالقن ولا نعلم فيه خلافا انتهى فتأمل (قوله) ﴿ فان عرف حولا ثم اتلفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق ﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد مع الحكم بان التعلق بذمته فكان كما لو استقرض قرضا فاسدا فاستهلكه فانه يتعلق بذمته وهو المراد بقول المصنف برقبته وفي المفاتيح انه يتعلق برقبته كالكتاب وكذلك لو تملكها كما في المبسوط والتذكرة والتحرير غير انه قال في المبسوط تعلق الضمان برقبته كالكتاب وقد يكون اراد بها ذمته او اراد ما يذهب (ماذهب خ ل) اليه الشافعية في احد وجهيهم من ان الضمان يتعلق برقبته كما لو غصب شيئا فتلف قالوا وليس كالقرض لان صاحبه سلمه اليه لكن الحكم في الاصل عندنا ممنوع كما في التذكرة وقال ايضا وكذا لو تلفت بتقصير منه فعندنا يتعلق بذمته والمفروض في مسألة الكتاب وما في المبسوط ان المولى لم يأذن له في التملك ولا في الاتلاف بل لا علم له بها (قوله) ﴿ وكذا لو لم يعرف ﴾ كما في التذكرة لانه اذا اعرض عن التعريف ضمن كالحر في ذمته ولعله اشار الى بطلان ما فرق به بعض الشافعية من ان الاتلاف في السنة او بدون تعريف خيانة محضة فيتعلق الضمان برقبته وبعدها مع التعريف يدخل وقت الارفاق فاستهلاكه لها يشابه استقراضها وهو فاسد كما عرفت (قوله) ﴿ ولو علم ولم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ من تفريطه اذا لم يكن امينا ومن عدم الوجوب بالاصل ﴾ اذا التقط بغير اذن المولى وكان امينا جاز للولي ابقاؤها عنده الى ان يعرفها ثم يفعل بها ما احد

ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف او انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه اكماله فان تملك او تصدق ضمن وان حفظها لمالكها فلا ضمان «متن»

الامور الثلثة وظاهر من تعرض له ان لا تأمل فيه ولا خلاف وان لم يكن امينا وتركها في يده فقد قال في المبسوط انها تكون في ضمان السيد لانه كان قادراً على انتزاعها من يده فلما تركها في يده تعدى بتركه فصار كما لو وجدها وسلمها الى فاسق فانه يضمنها انتهى وحاصل كلامه انه يجب على المولى انتزاعها منه وتردد في الشرائع في الضمان وقال في المختلف فيه نظر وفي جامع المقاصد هومشكل لكنه اختار بعد ذلك كالتحرير والمسالك عدم الضمان وهو الظاهر من التذكرة لانه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده كما في المختلف والدروس وجامع المقاصد ووجهه ان للعبد ذمة والحال انه لم يأذن له في الالتقاط ولا اثر لعلمه كما لو رأى عبده يتلف مالاً لغيره فلم يمنعه فانه لا يضمنه بل نقول انه يكفينا الشك في وجوب حفظ مال الغير خصوصاً مع وجود يد متصرفة ذات ذمة فمن قرب عدم الضمان او استظهره فلأنه استظهر عدم وجوب الانتزاع على المولى ومن تردد في هذا تردد في ذلك وهو قضية القواعد فما في المسالك من انا ان اوجبنا على السيد الانتزاع احتمل الضمان وعدمه غير وجيه وفي الدروس لو كان العبد غير مميز اتجه ضمان السيد وكأنه نزله اي غير المميز منزلة دابته حيث يجب منعها من اتلاف مال الغير والا ورد عليه ما ورد هناك من انه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده واما اذا قبضها المولى ثم ردها اليه وكان خائناً فالظاهر انه لا خلاف في ضمانه وعليه نص في التذكرة كما انه يضمن اذا اذن له في الالتقاط وكان خائناً اذا قصر في الانتزاع وعليه نص في جامع المقاصد وقد تأمل فيما اذا لم يقصر ولعل الاقرب حينئذ عدم الضمان وفي حكم الاذن رضاه بعد الالتقاط (قوله) ﴿ ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف ﴾ اي ضمن السيد قد تقدم ان العبد اذا اتلفها بعد تعريفه لها حولاً تعلق الضمان بذمة العبد يتبع به بعد العتق اذ المفروض ان المولى لم يأذن له في التملك ولا في التصرف بل لا علم له بها واراد هنا ان يبين ما اذا تلفت بعد الحول وقد اذن له في التملك فحكم بانه يضمن بحيث يتناول اطلاقه ما اذا اجرى العبد صيغة التملك او لم يجرها قال في التذكرة وان تلفت بعد مدة التعريف فان اذن له السيد في التملك وجرى التملك ضمن وان لم يجر التملك بعد فالاقوى تعلق الضمان بالسيد لانه اذن في سبب الضمان فاشبه ما اذا اذن له ان يسوم شيئاً فاخذه وتلف في يده انتهى ولعل المراد بالتملك التملك للعبد كما افصحت به عبارة التحرير قال ومن جوز تمليك العبد مع اذن المولى لو اذن له مولاه في التملك بعد الحول ملك العبد وضمن السيد لكن لا تصريح في الكتاب والتذكرة بالبناء على مذهب الغير فيحتمل ان المراد فيها التملك للسيد لا للعبد لانه ليس للعبد ان يملك فلا يصح له ان يتملك وهذا يعطي انه لا بد في التملك من اللفظ فتأمل وقد يكون اراد بالتملك في الكتاب التصرف والاتلاف ولا فرق في المسألة بين علم المولى بالتقاطه اولا ولا بين ان يقصد الالتقاط لنفسه او لسيده فان الالتقاط في كل منهما يقع للسيد (قوله) ﴿ او انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ﴾ اذا علم السيد باللقطة كان له انتزاعها من يده كالاموال التي يكتسبها العبد فان كان الانتزاع بعد التعريف تخير المولى بين حفظها على مالكها ولا ضمان وبين تملكها او التصدق بها فيضمنها عند ظهور مالكها وان كان قبله كان كالملتقط بنفسه وان كان العبد قد عرف بعض الحول احتسب به واكمل الحول وتخير بين الامور الثلثة وان اقرها في يده فهو ما استشكله المصنف آنفاً وان تلفت في يد العبد في مدة التعريف فلا ضمان وان تلفت بعدها فهي المسألة التي قبل هذه بلا فاصلة وهذا تمام احكام لقطة العبد (قوله) ﴿ ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه اكماله فان تملك او تصدق ضمن وان حفظها لمالكها فلا ضمان ﴾ قد تقدم بيانه آنفاً وهو

ولو اعتقه المولى قال الشيخ للسيد اخذها لانها من كسبه والوجه ذلك بعد الحول ﴿ الثالث اللقطة ﴾ وهي كل مال ضائع اخذ ولا يد لاحد عليه فان كان في الحرم وجب تعريفه عليه حولا فان لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به وفي الضمان قولان وبين الاحتفاظ ولا ضمان «متن»

واضح (قوله) ﴿ ولو اعتقه قال الشيخ للسيد اخذها لانه من كسبه والوجه ذلك بعد الحول ﴾ قال الشيخ في المبسوط عبد وجد لقطة ولم يعلم سيده فاعتقه فما الذى يفعل باللقطة يبنى على القولين فمن قال للعبد اخذها فان السيد يأخذها منه لان هذا من كسبه كالصيد وقد سوّغ له اخذها قبل ذلك وهو خيرة التذكرة وكذا الدروس وفي جامع المقاصد ان عليه الفتوى (قلت) وهو قضية الاستصحاب والموافق لقواعد الباب لاتفاقهم على انها كسب من حين الاخذ حكاه في الدروس وليست امانة محضة ووجوب التعريف لصحة التملك ويد العبد يد السيد اذا اذن او رضي والا فهو لا يقدر على شيء وحيث ثبت استحقاقها للسيد من حين الاخذ وجب ان يستصحب ولا يزول كما لا يزول غيره من الحقوق والمصنف خالف هنا وفي المختلف قال والوجه ذلك بعد الحول ومعناه كما في المختلف انه ان كان العتق بعد مضي مدة التعريف كان للسيد ذلك وان لم تكن مضت مدة التعريف لم يكن له اي السيد الاخذ قال لانها امانة في يد العبد وقد تحرر وليس للمولى انتزاع الامانة من يده وليست كسباً الآن فليس له اخذها قال فينبغي حمل ما قاله الشيخ على التقدير الاول (قلت) قد سمعت اجماع الدروس الذي يشهد التتبع بصدقه ولا ترجيح في الايضاح وانما بنى الامر على ان الالتقاط هل هو للسيد ابتداء اولا بل هي ولاية للعبد وامانة في يده (1) وهذا كله اذا لم يكن الالتقاط باذن السيد اما اذا كان باذنه كان الالتقاط له واليد يده (قوله) ﴿ الثالث اللقطة وهي كل مال ضائع اخذ ولا يد لاحد عليه ﴾ كما في الشرائع والنافع وهو معنى قوله في التذكرة انها المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره لكنه لم يذكر انه لا يد عليه ولعله اكتفى عنه بالضائع لانه صار اصطلاحاً في ذلك كما تقدم بيانه وفي الوسيلة تعريفها بما وجده الانسان لغيره فاخذه وهذا يشمل الضائع وغيره وما عليه يد وغيره ويخرج بالضائع المال المجهول المالك لانه ما حصل في يدك من مالكه او من يقوم مقامه ثم جهلته او كان مجهولاً لك من اول الامر كأن كنت معه في فندق او خان او قافلة ولا تعرفه وحصل في يدك او في متاعك شيء من ماله غفلة او خطأ (ومنه) ما يقع الاشتباه فيه من النعال وغيرها في الحمامات والزيارات وما يؤخذ من الحاكم الظالم او السارق مما يعرف انه حرام ولا تعرف صاحبه اذ لا فائدة في تعريفه اذ قد لا يعرف صاحبه انه وصل الى يدك بل قد لا يعرف انه ذهب منه وحكمه انه يتصدق به فوراً بعد اليأس واما قبله فلا بد من الفحص ولا يتقدر بالسنة فقد لا يحصل اليأس بالسنتين وقد يحصل بما دون ذلك بل قد يحصل في الحال وبه يفارق اللقطة فانه يتصدق بها او يتملكها بعد التعريف سنة وان رجى الظفر بصاحبها واما اذا حصل له اليأس ابتداء او في اثناء السنة فانه يتخير بين التصدق بها او التملك لها بعد ان يعرفها تعبداً لان اللقطة لا تملك بدون تعريف في حال كما يعطي ذلك كله اخبار اللقطة لمن انعم النظر فيها وقد تقدم ذلك في اول باب الوديعة وفي آخره وقد تقدم ان اللقطة صارت حقيقة عرفاً في المال الصامت فلا حاجة الى تقييد المال في التعريف به وخرج بما لا يد لاحد عليه المال الضائع الملقوط وهذا تعريف للقطة بالمعنى الاخص قال في المسالك وهو المعروف منها لغة (قلت) المعروف منه لغة المال مطلقاً كما تقدم واما المعنى الاعم المصطلح عليه عند الفقهاء فهو ما يجعل عنوان الباب بحيث يشمل الآدمي كما عرفته في اول الباب (قوله) ﴿ فان كان في الحرم وجب تعريفه حولاً فان لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به وفي الضمان قولان وبين الاحتفاظ ولا ضمان ﴾ اما وجوب تعريفها اذا

(1) فعلى الاول للسيد اخذها مطلقا اي قبل الحول وبعده وبعد العتق وعلى الثاني ليس له اخذها اذا كان العتق قبل الحول (منه)

كانت كثيرة فقد صرّح به في المقنع والمقنعة والنهاية وسائر ما تأخر عنها وفي الغنية الاجماع عليه بل لعل الظاهر من الخلاف ذلك و به نطق خبر علي بن حمزة وخبر اليماني وخبر الفضيل بن يسار (واما) انه يتخير بين الصدقة بها والاحتفاظ فقد صرح به في المبسوط والخلاف في ظاهره او صريحه والغنية والسرائر والشرائع والنافع و كشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وغيرها وفي الغنية الاجماع عليه بل وكذا الخلاف وفي المسالك والكفاية انه المشهور ولم يذكر هذا التخيير في شيء من اخبار الباب نعم في خبري علي بن حمزة واليماني الامر بالتصدق بها وظاهرهما تعيينه كما هو ظاهر رسالة علي بن بابويه فيما حكي والمقنع والمقنعة والنهاية والمراسم حيث اقتصر فيها على الامر بالتصدق بها وكأن نظر المشهور الى انه محسن الى المالك بحفظ ماله وحراسته له فلا مانع منه كما جزموا بذلك في الشاة المأخوذة من العمران او الفلاة كما تقدم (واما) الضمان حيث يتصدق بها فلم يرجحه المصنف هنا وكذا لا ترجيح في الدروس هنا واللمعة والمهذب البارع والمسالك وعدم الضمان خيرة المقنعة والنهاية في باب اللقطة والمراسم والغنية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والمقتصر وكذا الكفاية وقد حكي عن المهذب للقاضي وعن ابن حمزة ولعله في الواسطة وحكاه المصنف عن والده وفي الغنية الاجماع عليه كما هو محكي عن الخلاف وفي النافع انه اشهر (والقول) بالضمان خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في باب الحج والسرائر والمختلف وجامع المقاصد وغاية المرام والروضة وهو المحكي عن ابي علي وعن حج الدروس وفي التذكرة في موضعين منها والمسالك انه المشهور وفي الكفاية انه اشهر وفي السرائر انه الحق اليقين وهذا يجري مجرى الاجماع (وحجة هؤلاء) قوله عليه السلام في خبر علي بن حمزة بعد الامر بالتصدق بها فان جاء صاحبها فهو له ضامن وفي جامع المقاصد ان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب ولعله يريد الشهرة المحكية ان تمت وقد عرفت الحال من نقل الاقوال والاجماع الظاهر من السرائر وعموم على اليد ما اخذت وفحوى الاجماع والاخبار الناطقة بالضمان في لقطة غير الحرم المأذون في التقاطها اجماعاً فبالاولى ان يضمن هنا لمكان النهي المختلف فيه كراهية وتحريماً بل لا اقل من المساواة بل الاولوية ظاهرة عند القائل بالتحريم بل ينبغي على القول بالتحريم ضمانها وان ابقاها امانة لمكان العدوان وهذا وان اختص بما اذا تعمد الالتقاط وهو الذي دل عليه ايضاً خبر علي بن حمزة لكن لا قائل بالفصل وان لم يتم ينبغي القول بالتفصيل فيضمن اذا تعمد دون ما اذا لم يتعمد فتأمل وعلى كل حال فالضمان اشبه بالاصول واظهر من الادلة (وحجة الاولين) بعد اجماع الخلاف والغنية المعتضدين بشهرة النافع ان الاصل براءة الذمة من وجوب الضمان وان الصدقة تصرف مشروع بالاجماع فلا يتعقبها ضمان حذراً من الاضرار وهو معارض بالصدقة بلقطة غير الحرم مع انه رفع الغرر في الخبر بقوله عليه السلام فهو له ضامن فلا منافاة بين الامر بالصدقة والضمان الا ان يقول انهم لم يلتفتوا الى الخبر اصلاً (وقد يوجه) بانها امانة وقد دفعها باذن الشارع وما هو كذلك لا يتعقبه ضمان الا ما خرج بالدليل واجماع الغنية معارض بما يظهر من دعوى الاجماع في السرائر بل هو اجماع لكن يبقى سليماً عن المعارض اجماع الخلاف المنجبر بشهرة النافع والقاعدة المذكورة وهي ان التصرف المشروع في الامانات لا يستعقب ضماناً الا ما خرج بالدليل ان تمت بنفسها كما ذكرها كذلك في الايضاح وجامع المقاصد وغيرهما او تم كونها امانة كما في الشرائع كما وجهناها به (ثم) الشأن في تمام ما حكوه عن الخلاف فانا لحظناه في نسختين ولم نجد الا قوله لقطة الحرم يجوز اخذها ويجب تعريفها سنة ثم بعد ذلك يكون مخيراً اذا لم يجيء صاحبها ثم ذكر ما اذا اخذها ليعرفها ويحفظها على مالكها ونفى الخلاف عن جوازه ثم ذكر انه ليس له ان يلتقطها ليتملكها وحكى الخلاف عن بعض اهل الخلاف ثم ادعى اجماع الفرقة واخبارهم ولعلهم فهموا من قوله مخيراً التخيير السابق الذي ذكره في كلامه في لقطة غير الحرم فانه خيره بين ثلثة امور منها ان يتصدق بها عنه و يكون ضامناً ثم ان اجماعه ليس ايضاً منطبقاً على ذلك على تقدير استنباطه من كلامه فلا يصح الاستدلال به هذا وفي جامع المقاصد بعد ان ذكر القولين قال هذا ان اخذ المال على قصد الالتقاط يعني التملك

وان كان في غير الحرم فان كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف . « متن »

والاكتساب فان اخذه عَلَى قصد الحفظ للمالك فالذي يحضرني ان المصنف في التذكرة قال ان جواز اخذها عَلَى هذا القصد جائز وادعى الاجماع فعلى هذا هل يضمن ام لا ينبغي الضمان انتهى (قلت) كأنه لم يلحظ كلام الاصحاب جميعاً والا فقد رتب القولان اي الضمان وعدمه في كشف الرموز والتذكرة والايضاح فيما كتبه عليه بيده والمسالك والكفاية عَلَى التقديرين اي الحرمة وعدمها وبنى القولين الشهيد في اللمعة وابو العباس في كتابيه عَلَى التحريم وبنى الضمان وعدمه في النهاية عَلَى اختلاف قوليه في موضعين على التحريم الظاهر من قوله لا يجوز وقد تقدم بيانه ومن جوز الالتقاط مطلقاً او بنية الحفظ والانشاد جعل الضمان وعدمه مبنياً عَلَى ذلك كالمقنعة والخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع والدروس قال في التحرير بعد ان ذكر القول بحرمة لقطة الحرم وكراهتها وعَلَى التقديرين ان اخذه وجب عليه الاخذ بنية الانشاد ولا يجوز اخذه بنية التملك لاقبل الحول ولا بعده فان اخذه عَلَى هذا الوجه كان ضامناً وان اخذه بنية الانشاد وجب عليه التعريف سنة فان جاء صاحبه والا تخير بين احتفاظه دائماً وبين الصدقة فان تصدق به ففي الضمان قولان اقربهما ثبوته انتهى وهو في جامع المقاصد غالباً يحكي عن التحرير (واما) انه لا ضمان عليه حيث يأخذه بقصد الاحتفاظ فيتلف بغير تفريط فهو صريح جامع المقاصد وفخر الاسلام في حاشيته عن خطه وظاهر المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة واللمعة وكتابي ابي العباس والمسالك والروضة والكفاية وفي جملة من هذه علل بانها امانة وانه محسن فما عليه من سبيل قال في المسالك اطلق القول بكونها امانة من جرم الالتقاط ومن جوزه ونحوه ما في الروضة وقال فخر الاسلام لا ضمان سواء قلنا بتحريم اخذها ابتداء او بكراهته لانها بعد الاخذ تنقلب امانة وقال في جامع المقاصد ان اخذها عَلَى قصد الالتقاط كيف يكون امانة مع انه عاد باخذها قال ويمكن ان يقال ان الالتقاط لا يقتضي التملك جزماً ولهذا لا تملك لقطة غير الحرم بعد التعريف الا بالنية او اللفظ عَلَى الخلاف ولا يدخل في ضمانه من اول الامر لان مجرد اخذ اللقطة لا ينافي الحفظ دائماً فحينئذ يكون اخذ لقطة الحرم غير مناف للحفظ والامانة وان حرم من حيث ان الالتقاط اكتساب ويشكل عَلَى هذا كون الاخذ محرماً فكيف يكون امانة انتهى والاشكال في محله وقد سمعت جزمه في التحرير بانه ان اخذها عَلَى نية التملك كان ضامناً وان قصد التعريف وماذا يقول صاحب جامع المقاصد فيما لو نوى التملك من اول الامر ولم ينو التعريف ثم عرف فان ذلك يوجب الضمان في اللقطتين فتأمل وقد صرح في المبسوط وغيره بانها لا تملك بحال وقد تقدم نقل الاجماعات عَلَى ذلك ونقل خلاف ابي الصلاح (قوله) ﴿ وان كان في غير الحرم فان كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف ﴾ كما في ظاهر المقنع حيث قال لك وصريح التذكرة والارشاد والتبصرة والايضاح والدروس وكذا جامع المقاصد قال في التذكرة ان ما نقص عن الدرهم لا يجب تعريفه ويجوز تملكه في الحال عند علمائنا اجمع (قلت) لعله فهم انه يملكه مما في المقنعة والمراسم والشرائع والنافع من انه ينتفع به ومن قوله في الخلاف والمبسوط لا يجب تعريفه ومما في النهاية والوسيلة من انه يجوز اخذه وبه عبر هو في التحرير ومن قوله في الغنية يجوز التصرف به ومن قوله في السرائر يباح التصرف به وبه عبر في التنقيح وفي اللمعة والروضة عبر بحل وقد فهم في المسالك من عبارة الشرائع انه يملكه (وكيف كان) ففي الخلاف دعوى اجماع الفرقة واخبارهم عَلَى انه لا يجب تعريفه وفي كشف الرموز نفي الخلاف عن ذلك وفي الغنية اجماع الطائفة عَلَى انه يجوز التصرف فيه من غير تعريف وفي التنقيح الاجماع عَلَى انه يباح وفي التذكرة ايضاً لا نعلم خلافاً بين اهل العلم في اباحة اخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف وهذه العبارات والاجماعات كلها فيما اذا كان الاخذ من غير الحرم ما عدى جملة منها كالخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع وغيرها مما يشمل اللقطتين كما تقدم بيانه .

ولو وجد المالك فالأقرب الضمان « متن »

مفصلاً عند الكلام على لقطة الحرم وفي المفاتيح بعد ان اختار الكراهية في لقطة الحرم وانه لا فرق بينه وبين غيره قال ومع الاخذ يملك ما دون الدرهم من غير تعريف بلا خلاف (والحاصل) انه قد تقدم الكلام في لقطة الحرم قليلها وكثيرها مسبغاً وهو من متفردات الكتاب (و يبقى الكلام) في الدرهم نفسه وما كانت قيمته كذلك فهل يجب تعريفه ام لا لحاله حال ما دونه قولان (الاول) ظاهر المقنع والفقيه والمقنعة والنهاية والسرائر وغيرها بل قد نسب ذلك الى هؤلاء جماعة على البت وهو صريح الخلاف والغنية والشرائع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والدروس واللمعة والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح والروضة وغيرها وهو المحكي عن القاضي وادعى عليه في الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم واجماع الغنية يتناوله وفي كشف الرموز عليه العمل (و يدل) عليه الاصل المعتضد باطلاق النصوص الكثيرة بلزوم تعريف اللقطة مع ان جملة منها عامة لمكان ترك الاستفصال والصحيح عن الرجل يصيب درهماً او ثوباً او دابة قال عليه السلام يعرفه سنة وفي مرسل ابن ابي عمير عن اللقطة قال تعرف سنة قليلاً كان او كثيراً وما كان دون الدرهم لا يعرف ونحوه مرسل الفقيه والمخالف سلار وابن حمزة وحكي عن التقي فاختاروا (الثاني) وقال في النافع فيه روايتان وقد انكر عليه جماعة وجود الرواية المخالفة للروايتين المتقدمتين وقال تلميذه كاشف الرموز ان مراده الاشارة الى الصحيحة والمرسلة وانهما واردتان في ان الدرهم يعرف فتأمل (ثم ليعلم) ان للمصنف عبارات تؤذن بان التقاط القليل ليس بمنزلة حيازة سائر المباحات يملك بمجرد الحيازة بل لا بد فيه من نية التملك كالكثير بعد التعريف (منها) قوله الاقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبها و يحتمل القيمة مطلقاً كالكثير اذا ملكه بعد التعريف والقيمة ان نوى التملك والا فالعين وهو اقرب انتهى ومتعرف ما فيه (ومنها) قوله لو تملك مادون الدرهم ثم وجد صاحبه فالاقرب وجوب دفعه اليه لاصالة بقاء ملك صاحبه عليه وتجويز التصرف للملتقط لا ينافي وجوب رده وهذا يؤذن بعدم تملكه بل جواز التصرف فقط كما سمعته عن جملة من العبارات الا ان نقول انما اراد به عدم لزوم الملك من اصله او حدوث تزلزله كالمبيع قبل القبض اذا حدث فيه عيب ولا مانع من كون حيازة القليل سبباً في ملكه في الحال كسائر المباحات ولا مانع من تزلزله او حدوث تزلزله اذ لا دليل على الملك والتملك الا الاجماع اذ اللام في المرسل في قوله لك ليست صريحة في التملك وليس في الآخر الا نفي وجوب التعريف ولم يظهر منه اي الاجماع انه لازم بحيث لا يجوز للمالك الرجوع ان كان باقياً ولا كذلك الكثير فان اخذه ليس سبباً في ملكه بالاجماع لمكان اشتراطهم التعريف فلا بد لحدوث الملك من سبب وليس هو الا النية او اللفظ فحصل الفرق بين القليل والكثير على مختار جماعة لكن قد تقدم لنا آنفاً انه لا بد في تملك المباحات من النية وقد برهنا على ذلك فلا فرق حينئذ بين القليل والكثير الا بالتعريف وعدمه فلا ريب عندنا في وجوب رد العين مع عدم نية التملك بل قد نقول بوجوب ردها مطلقاً لانه اذا (لو خ ل) لم يكن له الرجوع الى العين لم يكن له الرجوع الى القيمة لانه انما يمنع من الرجوع الى العين اذا كانت مملوكة ملكاً لازماً والعوض انما يلزم حينئذ بدليل من خارج والاصل عدمه لكن قد حكي الاجماع في الايضاح والتنقيح على عدم وجوب رد العين و يحمل على ما اذا نوى التملك ثم انه لا ريب ان له ان يأخذ القليل بنية الحفظ للمالك او التصدق به عنه كما هو الشأن في الكثير وحينئذ لا بد للتملك من نية وان قلنا بعدم اعتبارها في المباحات فليلحظ ذلك كله هذا اذا كانت باقية واما اذا كانت تالفة فنقول ايضاً لا دليل الا الاجماع ولم يدل على التملك بحيث يفيد عدم وجوب الرد قيمة او عيناً مع وجود مالكه فلا فرق ايضاً بينهما حينئذ الا ان نقول ان الظاهر من التملك عدم الرجوع فتأمل و يأتي تمام الكلام (قوله) ﴿ ولو وجد المالك فالاقرب الضمان ﴾ كما في التذكرة والتحرير والمختلف والايضاح والتنقيح والرياض

وان كان ازيد من ذلك وجب تعريفها حولا « متن »

والمشهور عدم الضمان كما في المختلف و به صرح في النهاية والغنية وهو ظاهر المقنع والمقنعة والخلاف والمبسوط والمراسم والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والتبصرة اذ قد تعرض فيها كلها لجواز الاخذ والانتفاع والملك عَلَى اختلافهم في التعبيرات وظاهرهم ان ذلك بلا ضمان وقد ادعى في الغنية الاجماع عليه اي عدم الضمان وادعى في المختلف ان كلام السرائر متناقض قال في السرائر اللقطة ضربان ضرب يجوز اخذه ولا يكون عَلَى من اخذه ضمانه ولا تعريفه بل يجوز التصرف قبل التعريف ومتى اقام صاحبه بينة وجب ردّه عليه قال في المختلف في بيان التناقض ان عدم الضمان يقتضي عدم الرد واجاب في الدروس بان انتفاء الضمان مع التلف وان وجوب الردّ مع بقاء العين فلا تناقض لاختلاف الشرط وهو جيد لكن الشأن في ثبوته وقد استدل للضمان في المختلف والايضاح وجامع المقاصد وغيرها بانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فاستعقب الضمان قال في الايضاح (اما الاولى) فلثبوت الملك للمالك والاصل البقاء والضياع غير ناقل للملك عن مالكه وتجويز الشارع التملك له لئلا تعطل غاية خلقه اي الانفاق (قلت) اذا جوز له الشارع التملك فقد تصرف في ملكه فالاقعد ما ذكرناه آنفاً قال في الايضاح ما حاصله (واما الثانية) فلقول الباقر عليه السلام من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاءه طالبه رده اليه وليس المراد رد العين للاجماع عَلَى عدم وجوب ردها فيكون المراد القيمة وليس المراد الدرهم فما زاد لانه لا يتحقق ذلك فيهما الا بعد التعريف سنة والنية وذلك تراخ فلو كان ذلك شرطاً لزم مع تأخير البيان عن وقت الحاجة الاغراء بالجهل وتقديم ما يجب تأخيره فيكون المراد فيما دون لتعقب الانتفاع فيه للوجدان بلا فصل فيجب الضمان وهو المطلوب انتهى وفيه مواضع للنظر وقد تبعه في ذلك كله صاحب التنقيح وقد يناقش في هذا الاجماع بما سمعته عن السرائر والتذكرة ونحوه ما في التحرير من قوله وجب رده اليه ان كان موجوداً وهو خيرة الدروس وجامع المقاصد وعبارة الكتاب ظاهرة في ردّ القيمة مطلقاً فتوافق هذا الاجماع واما مع التلف فقد صرح في التحرير بوجوب ردّ قيمته معه واستوجهه في جامع المقاصد ونظر فيه في الدروس وقد سمعت ما في السرائر وهذا كله فيما نقص عن الدرهم واما ما زاد عنه فقد يظهر من الروايات وكلام القدماء كما في الدروس انه يتعين عليه دفع العين ثم قرب انه يتخير بينها وبين بدلها مثلاً او قيمة و يأتي ان شاء الله تعالى تمام الكلام وقد يستدل عَلَى عدم الضمان فيما نحن فيه بالاصل و بعدم صراحة اخبار المسألة في الملك والتمليك وهو كما ترى مع ان الظاهر انعقاد الاجماع عليه كما تقدم (قوله) ﴿ وان كان ازيد من ذلك وجب تعريفها حولاً ﴾ هذا مما صرح به الاصحاب كافة من المقنع الى الرياض والنصوص به مستفيضة فيها الصحيح وغيره وفي الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة الاجماع عليه وفي السرائر وكشف الرموز نفي الخلاف فيه (واستدلوا) عليه بانه يجب ايصاله الى مالكه والتعريف وسيلة اليه ومقدمة له فيجب من باب المقدمة فوجوب التعريف انما هو لتحصيل المالك ولا منافاة بين وجوبه لذلك و كونه شرطاً في التملك وان امساكها من غير تعريف كالقائها في موضعها او غيره بل لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان ابقائها في مكانها اقرب الى وصولها الى صاحبها لانه اما ان يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه واما ان يأخذها غيره فيعرّفها لكن قال في موضع من المبسوط من وجد لقطة نظرت فان اراد حفظها عَلَى صاحبها لا يلزمه ان يعرف لان التعريف انما يكون للتملك انتهى وقد قال قبل ذلك من وجد لقطة فانها تكون في يده امانة و يلزمه ان يعرفها سنة فاذا عرفها سنة كان بعد ذلك بالخيار ان شاء حفظها عَلَى صاحبها وان شاء تصدق بشرط الضمان وان شاء تصرف فيها وضمنها وزاد في المسالك وتبعه شيخنا صاحب الرياض في توجيه كلام الشيخ الذي خالف فيه بانه اذا لم يقصد التملك لم يجب التعريف ويكون مالاً مجهول المالك واجاب بالفرق بينه و بين المال المجهول المالك بانه لم يقدر له الشارع طريقاً الى التوصل الى مالكه بخلاف

ثم ان شاء تملك او تصدق وضمن فيها وان شاء حفظها للمالك ولا ضمان و يكره التقاط ماتقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وشبهها « متن »

محل الفرض فقد جعل الشارع التعريف طريقاً اليه (وفيه) خطأ من وجوه لأن الشيخ لم يجعله من مجهول المالك بل قال لذا اراد حفظه لصاحبه وابقائه امانة لا يعرفه وكيف يجعله مجهول المالك وهذا ضائع والمجهول المالك ليس بضائع كما تقدم بيانه مراراً وقد جعل الشارع له طريقاً وهو الفحص عن صاحبه حتى يحصل اليأس فيتصدق به عنه حينئذ فوراً (واورد) عليه في الدروس بان التملك غير واجب فكيف تجب مقدمته (ويجاب) بانه لعله اراد به الشرط لكن يقال له اذا كان التعريف واجباً باي معنى كان عَلَى من اراد تملكها فكذا يجب عَلَى من اراد حفظها لان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيجب ان يكون الوجوب في محل الوفاق وهو ارادة التملك صيانة لها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع اعني ما اذا اراد حفظها (قوله) ﴿ثم ان شاء تملك او تصدق وضمن فيهما وان شاء حفظها للمالك ولا ضمان﴾ كما صرح بذلك كله في الخلاف والمبسوط في موضع منه والغنية والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وغيرها وفي الخلاف والغنية الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث نسبه الى علمائنا ولا يضر قوله في المبسوط ان شاء تصرف لان المراد به تملك كما صرح به بعد ذلك في مقام آخر لكن في المقنع لم يذكر الا انها بعد التعريف كسبيل ماله واقتصر في النهاية والسرائر عَلَى ذكر التصرف فيها والصدقة ومراد النهاية بالتصرف التملك كما صرح به بعد ذلك وادعى عَلَى ذلك اي الحصر في الامرين في السرائر اجماع اصحابنا وقال انه الحق اليقين ومنع من الابقاء امانة وقال انه مذهب الشافعي وابي حنيفة وانه لم يقله اصحابنا واطال في بيان ذلك ما يزيد عَلَى عشرين سطراً وقال ان من قال بهذا القول لا يوجب التعريف وانما يوجب التعريف حتى يتملكها وقال ان التخيير بين الثلاثة خلاف مذهبنا وقول اصحابنا ورواياتهم ويأتي تحقيق الحال والغرض الآن نقل الاقوال واقتصر في المقنعة والمراسم عَلَى ذكر التصرف فيه فقط ومرادهما تملكه وخيره في الوسيلة بين امرين لاغير التصرف والحفظ لصاحبه (ومن العجيب) ان احداً لم يحك عن هؤلاء خلافاً مع ان كلامي السرائر والوسيلة نصان في الخلاف وغيرهما ظاهر لان مفهوم اللقب في عبارات الاصحاب حجة وبه يثبت الوفاق والخلاف لانها قيود كالتعاريف ولا كذلك في الاخبار لانها جارية مجرى كلام اهل العرف وقد برهن عليه في محله (هذا) ويشهد لابن ادريس انه اذا كانت تدخل في ملكه بعد الحول قهراً وان القول به اشهر كما قاله في الدروس وانه اجماع كما في السرائر فلا معنى للابقاء امانة لكن الاجماعات الثلاثة المتقدمة واخبار الخلاف وما يحكيه كابرو به وفتوى من عرفت وعدم عدّهم خلافه خلافاً مما لا يمكن الخروج عنه مع انه مقتضى الاصل وشهرة الدروس لم نتحققها كما ستعرف ان شاء الله تعالى لانها معارضة بشهرة التذكرة والمختلف والمسالك والروضة والكفاية واجماع الغنية وكذا التنقيح وهذه كلها مع الاجماعات الثلاثة مما توهن اجماعي السرائر مع انك اذا جمعت بين فتاوى السرائر لم يتحقق التخيير بين الامرين اذ ليس هناك الا التملك فقط (واما) الضمان مع الصدقة اذا كره المالك فلم يختلف فيه هنا اثنان فيما اجد وان اختلفوا في لقطة الحرم لمكان النصوص الكثيرة الدالة عَلَى الضمان هنا وفي كشف الرموز الاجماع عليه وفي المسالك نفي الخلاف فيه هذا ولم يذكر الاكثر هنا ان له الدفع الى الحاكم وسيذكره المصنف في اواخر الثالث من الاحكام (قوله) ﴿ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وشبهها﴾ كما ذكر ذلك كله في النهاية ويدخل في شبهها الاداوة والسوط والنعلان والكراهية في الجميع ايضاً خيرة الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها مع التصريح

في بعضها بتأكد الكراهية واقتصر في المقنعة على النص على كراهية التقاط الاداوة والسوط والنعلين وفي الكفاية ان القول بالكراهية في الجميع هو المشهور وعليه الاكثر كما في مجمع البرهان والمفاتيح وهو الاشهر وعليه عامة من تأخر كما في الرياض وحكي عن صريح الحلبي وظاهر الصدوقين انهم حرّموا التقاط النعلين والاداوة والسوط وهو ظاهر الوسيلة قال لا تتعرض لها بحال وكأنهم لم يلحظوها وظاهر المراسم تحريم الاداوة والمخصرة لانه قال لا يأخذهما بل يتركهما وحكي المقداد عن الحلبي انه حرّم الشظاظ ايضاً وحقق في التنقيح انه مع بلوغ القيمة في الامور المذكورة درهماً فما زاد لا يجوز التقاطة ومع عدم ذلك يجوز على كراهية شديدة تزيد على كراهية الالتقاط مطلقاً وقال المقدس الاردبيلي ما نجد ما يدل على شدة الكراهية في هذه بل الامر بالعكس بمعنى ان الكراهية في غيرها اشدّ (قلت) اسدّ ما يستدل به للمشهور على الكراهية وعدم التحريم ما يستفاد من فحوى ما دلّ على جواز التقاط ما تكثر قيمته ومن اطلاق قول مولانا الصادق عليه السلام بل من عمومه المتناول لما نحن فيه افضل ما يستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدها ان لا يأخذها ولا يتعرض لها ومن حسنة حريز عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا بأس بلقطة العصى والشظاظ والوتد والحبل والعقال واشباهه قال وقال ابو جعفر عليه السلام ليس لهذا طالب فتدخل الثلثة في اشباهه وقول مولانا الباقر عليه السلام ليس لهذا طالب معناه ان هذه الاشياء حقيرة فلا يطلبها مالكها لان العادة تقضي باعراضه عنها فيكون ذلك في الحقيقة اباحة من المالك وله وجه آخر ستسمعه ان شاء الله تعالى ويأتي الكلام في ان ذلك لا ينافي الكراهية معتضدا ذلك كله بالشهرة المعلومة بل هو اجماع معلوم من المتأخرين وعلى شدة الكراهية في الثلثة بذهاب هؤلاء الاعاظم الى الحرمة وبخبر عبدالرحمن قال سألت اباعبد الله عليه السلام عن النعلين والاداوة والسوط يجده الرجل في الطريق اينتفع به قال لا يمسه حيث عدل عن النهي عن الانتفاع به الى النهي عنه بابلغ وجه وهو مسيسه وهو حجة الجماعة على الحرمة وهو معارض بما عرفت مما هو اقوى منه بحيث صرف فيه النهي الى الكراهية وشدتها (وعساك تقول) ان الحسنة كالصريحة في نفي الكراهية عما نقل قيمته وتكثر فائدته بل عما اشتملت عليه رواية عبدالرحمن لمكان التعليل ونفي الباس فضلاً عن شدتها (لانا نقول) قد عرفت ان شدة الكراهية في الثلثة لمكان فتوى الاعاظم بالحرمة (ثم) انا نجدهم من علي بن بابويه وولده والمفيد والشيخ وسلاّر وابن حمزة والحلبي معرضين عن الحسنة في خصوص نفي الكراهية ناظرين الى الخبر عاملين به كراهية او تحريماً وما ذاك الا لان الحسنة مخالفة بظاهرها لاخبار الباب واجماع الاصحاب اذهما متفقان على كراهية اللقطة مطلقاً كما تقدم الكلام فيه مسبغاً في الفصل الثاني وستسمع الوجه في هذا التعليل والخبر موافق للاجماع والاخبار الآخر وخصوص خبر داود ابن ابي يزيد المرسل في الفقيه فانهما متحدان متناً ثم انه ليس في سنده ما يفتّ في عضده الا القاسم بن محمد وهو هنا الجوهري بقرينة رواية الحسين بن سعيد عنه وحديثه قوي معتبر واما ابان بن عثمان فلم نتحقق ناووسيته كما مرّ مراراً فاندفع ما قاله المولى الاردبيلي (ويبقى الكلام) في شدة الكراهية فيما عدى الثلثة ولعله لتنقيح المناط والمنقح له العقل لاشتراك الجميع في كثرة الفائدة وقلة القيمة وعدم قصد الاكتساب بها فكان اخذها غالباً خالياً عن الاكتساب والفائدة او لمكان الايماء الى العلة المنصوصة وهو قول الباقر عليه السلام ليس لهذا طالب بان يكون معناه ان الناس الملتقطين لا يطلبونه لانه لا اكتساب فيه مع قلة قيمته وكثرة فائدته لمالكه ولعل الاصحاب من هنا اخذوا هذا العنوان (ثم) ان القائل بشدة الكراهية في الجميع انما هو المصنف في ظاهر الارشاد وصريح التذكرة والشهيدان في صريح الدروس والروضة ولا رابع لهما فيما اجد الا ان تقول انه يستفاد من التنصيص عليها شدة كراهيتها (ومن الغريب) قوله في المسالك ان وجه الكراهية في العصى والشظاظ والحبل والوتد والعقال النهي عنها المحمول على الكراهية اذ لا نجد هذا النهي في اخبار الباب وهي ثلثة لا رابع لها ولعله نظر الى العلة التي فهمناها (وانما) خبرا عبدالرحمن فهما واردان في ثلثة

واخذ اللقطة مطلقا مكروه و يتأكد للفاسق واكد منه المعسر ويستحب الأشهاد (المطلب الثاني في الأحكام) وهي اربعة (الأول) التعريف وهو واجب وان لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط وزمانه النهار دون الليل ولا يجب التوالي « متن »

اشياء(واما)تحقيق التنقيح فانه جمع فيه بين خبري عبدالرحمن وداود و بين حسنة حريز فنزّل الاولين عَلَى ما اذا بلغ درهمًا فما زاد والاخير عَلَى ما دون ذلك وهو عَلَى شدة بعده جمع لا شاهد عليه مع انه خرق عَلَى الظاهر فيما اجد للاجماع المركب وليعضهم في المقام كلمات اخر لا ينبغي ان تسطر والاداوة بالكسر المطهرة به ايضاً والمخصرة بالخاء المعجمة ما اختصره الانسان بيده فامسكه من عصي ونحوها والشظاظ بالكسر خشبة محدّدة الطرف تدخل في عروة الجوالقين والوتد بكسر الوسط والعقال بكسر العين (قوله) ﴿ واخذ اللقطة مطلقاً مكروه و يتأكد للفاسق واكد منه المعسر ويستحب الاشهاد ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله الا المعسر وقد صرح بتأكد الكراهية له جماعة كالمحقق والمصنف في التحرير والارشاد والشهيدين لان التقاطه يضر بحال المالك اذا ظهر وقد تملك بل قد تدعوه نفسه لمكان العسر الى الخيانة وان اجتمع الفسق والاعسار تزيد الكراهية وفي مجمع البرهان انه يشكل اثبات حكم شرعي بمثل ذلك

﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾

(قوله) ﴿ وهي اربعة الاول التعريف وهو واجب وان لم ينو التملك ﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفاً (قوله) ﴿ سنة من حين الالتقاط ﴾ قد طفحت عباراتهم بوجوب التعريف سنة وحولاً كاملاً من المقنع الى الرياض وقد حكي عليه الاجماع في الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة و به استفاضت الاخبار (واما) كون وجوبه من حين الالتقاط ان امكن بلا فصل فقد صرّح به في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان وهو ظاهر الباقين وظاهر اخبار الباب ففي حسنة محمد عن ابي جعفر عليه السلام وصحيحته عن احدهما عليهما السلام فان ابتليت فعرفها سنة وما خلا عن الفاء يحمل عَلَى معناها وليس في اخبارنا ثم كما ادّعاه في المسالك لكن هذه الفاء انما اتى بها للربط خاصة ولا تدلّ عَلَى التعقيب وان ذكره في التحرير كما ستعرف (نعم) يمكن ان يستدل عليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه أمر به وقال لا تكتم ولا تغيب وان التأخير وسيلة الى ان لا يعرفها صاحبها فان الظاهر ان صاحبها بعد الشهر او الاشهر ييأس منها و يسلو عنها ويترك طلبها كما سيظهر لك فيما يحصل به التعريف و بعد فلنا في ذلك كله تأمل يظهر وجهه مما يأتي قال في التذكرة فلو اخرها عن الحول الاول مع الامكان اثم ولا يسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول لانه واجب ولا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات انتهى وهذا يقضي بوجوب القضاء في سائر الواجبات وهو غير ظاهر ولولا انه يظهر من التذكرة دعوى الاجماع عَلَى ذلك حيث لم ينسب الخلاف الا لاحمد لكان القول بسقوطه قوياً فيصير كالمال المجهول المالك يتصدق به وفي خبر العبدي عن يونس ما يدلّ عَلَى ذلك ويأتي تمام الكلام في انه هل له ان يتملك اذا أخر ام لا (قوله) ﴿ وزمانه النهار دون الليل ﴾ هذا هو المتبادر من الاخبار والموافق للاعتبار و به صرح في المبسوط وغيره وقالوا ايضاً وقت الغداة والعشي (قوله) ﴿ لا يجب التوالي ﴾ كما صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو معنى كلام الدروس في بيان التعريف وفي الكفاية نسبته الى الاصحاب وهذا التوالي المحكوم بكونه غير واجب وغير شرط له تفسيران (احدهما) ان المراد به استيعاب وقت الحول بالتعريف وذلك غير شرط اتفاقاً كما في المسالك والمفاتيح ولا كل يوم لاطلاق الامر فيرجع الى ما يعد تعريفاً عرفاً وهو يتحقق بدون ذلك (الثاني) ان

بل يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لاينسى انه تكرار لما مضى وايقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وايام المواسم والمجتمعات كالاعياد وايام الجمع ودخول القوافل ومكانه الاسواق وابواب المساجد والجوامع ومجامع الناس « متن»

المراد به توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثني عشر شهراً متوالية فان ذلك غير لازم بل يجوز تعريفه بان يعرف شهرين ويترك شهرين وهكذا بحيث يجتمع من الاشهر المعرف فيها تمام الحول وبهذا المعنى صرح في التذكرة مفسراً به معنى التوالي الذي ليس بواجب وشبهه بما لو نذر صوم سنة فانه يجوز له ان يوالي وان يفرق بحيث يجتمع له صيام اثني عشر شهرا انتهى فليتأمل فيه فان ما يأتي قد ينافيه من ان الضابط كونه لا ينسى (قوله) ﴿ بل يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى انه تكرار لما مضى ﴾ اما انه يعرف كل يوم في الابتداء الى سبعة ايام ثم في بقية الشهر في كل اسبوع ثم في كل شهر الى آخر الحول فقد قال في مجمع البرهان انه المشهور ونسب في الكفاية الى الاصحاب انه يعرف في الابتداء كل يوم مرة ثم كل اسبوع ثم كل شهر كذلك اي مرة وهو خيرة الروضة والمفاتيح وكذا جامع المقاصد وقال في الدروس انه يعرف كل يوم مرة او مرتين من الاسبوع الاول ثم في الاسبوع الثاني مرة ثم في الشهر مرة وقال في التذكرة انه يعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار ثم في كل يوم مرة ثم في كل اسبوع مرة او مرتين ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكرار الماضي ولعل مراده انه يعرف في الاسبوع الاول كل يوم مرتين وفي الاسبوع الثاني كل يوم مرة ثم فيما بقي من اسابيع الشهر كل اسبوع مرة ثم في كل شهر مقدار ما لا ينسى وكأنه يكتفي فيه بالمرة والمرتين ولعلهم انما يعتبرون هنا الشهر ثلثين يوماً والا فلا يتم في الهلالي اذا كان في آخره او بعد مضي اسبوع او اكثر او اقل ولعلهم انما اعتبروا التكرار في الاسبوع الاول لان مالكه يهتم بطلبه في اول الاسبوع كما قاله في المبسوط (واما) عبارة الكتاب فلعل معناها انه يعرف كل يوم مرة من الاسبوع الاول لان الظاهر ان المراد اسابيع الشهر وانه يكتفى بتعريف واحد في كل اسبوع بعده الى تمام الشهر فيكون الشهر الاول مستوعباً بالايام ثم بالاسابيع ثم انه يعرف في كل شهر مقدار ما لا ينسى وفهم المحقق الثاني منها انه يكتفي بالشهر الثاني بتعريف واحد في مجموع الشهر الثاني وكذا في كل شهر بعده فالتعريف واحد وعشرون مرة عَلَى ما فهمه ولعل مولانا الاردبيلي والخراساني اشارا بالمشهور والاصحاب اليها والى الروضة لكن يرد عَلَى ما فهموه منها وعَلَى عبارة التذكرة انه حينئذ لا محصل لقوله بحيث لا ينسى لان التعريف الذي ذكره ان كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه تكراراً لما مضى فلا معنى للتقييد وان لم يكن كان غير معتبر وكان التقييد غير صحيح الا ان نقول انه اشار بالحيثية الى معنى آخر وهو ان المذكور بخصوصه غير واجب فكأنه قال ان الواجب التعريف بهذا وما جرى مجراه (والضابط) كونه بحيث لا ينسى كما قال في الدروس بعد ما حكيناه عنه والضابط ان يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه وكما قال في الروضة ان المعتبر ظهور ان الثاني تكرار لما سبق وقال في الكفاية اعتبر الاصحاب ان يقع عَلَى وجه لا ينسى وقد تكون الباء الداخلة عَلَى حيث للتعليل كقوله (قد سقيت آبالهم بالنار) فيكون المعنى يعرفها كذلك لاجل ان يكون التعريف في مكان لا ينسى لان حيث ظرف مكان هذا وفي السرائر والتحرير اقل ما يعتبر في الاسبوع دفعة واحدة وفي مجمع البرهان يبعد صدق التعريف في السنة مع ايقاعه في احد عشر شهراً كل شهر مرة وينبغي ملاحظة العرف وعدم الخروج عن ظاهر الروايات ففي صحيحة يعقوب فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع فانه قد يفهم منه في كل جمعة ان كان البلد تقام فيه الجمعة (قوله) ﴿ وايقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وايام الموسم والمجتمعات كالاعياد وايام الجمع ودخول القوافل ومكانه الاسواق وابواب المساجد والجوامع ومجامع الناس ﴾ لان

و يتولاه بنفسه ونائبه واجيره والاجرة عليه وان نوى الحفظ والاقرب الاكتفاء بقول العدل « متن »

الغرض اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها مالكها وقد جعل في المبسوط والسرائر الكلام فيها في ثلثة اشياء وقت التعريف وزمانه و كيفيته فقالا وقت التعريف ان تعرّف بالغداة والعشي وقت بروز الناس ولا تعرف بالليل ولا عند الظهيرة والهاجرة قالا واما الزمان فان تعرف في الجماعات والجمعات وان يقف على ابواب الجوامع ولا يعرفها داخلها فتأمل ولم يذكرا مكانه وسيأتي انه في موضع الالتقاط (قوله) ﴿ و يتولاه بنفسه ونائبه واجيره ﴾ قال في التذكرة يجوز ان يوليه غلامه وولده ومن يستعين به و يستأجره عليه لا نعلم فيه خلافاً وفي المسالك ان ذلك كله محلّ وفاق وفي الايضاح يجوز التعريف بنائب اجماعاً ومما صرح فيه بجواز النيابة والاستعانة المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لان الغرض الاشهار والاعلان وهو يحصل بأي شخص كان وفي مجمع البرهان ان ظاهر العبارات والروايات ان الملتقط يعرّفها بنفسه (قلت) هذه عبارات الاصحاب (واما) قولهم عليهم السلام فان صاحبها يعرّفها واذا ابتليت فعرفها فانما هو مثل قولهم اذا اصاب ثوبك نجاسة فاغسله اذ من المعلوم ان ذلك ليس بعبادة كما هو واضح (واما) قوله في التذكرة ليس للملتقط تسليم اللقطة الى غيره الا باذن الحاكم فان فعل ضمن الا مع الحاجة بان يريد السفر او لا يجد حاكماً يستأذنه او التقط ولم يتمكن من حفظها فانه تجوز له الاستعانة بغيره فلا ينافي ذلك فان تعريف الغير لها وهي في يد الملتقط غير ايداعها عند الغير واستيمانه عليها ان سلّمنا له ذلك هذا وقال في التذكرة ينبغي ان يتولى التعريف شخص امين ثقة عاقل غير مشهور بالخلاعة واللعب ولا يتولاه الفاسق لئلا تفقد فائدة التعريف وهذا على الكراهية دون التحريم وقال في جامع المقاصد لكن لا يركن الى مجرد قول غير العدل بل لا بدّ من اطلاعه واطلاع من يعتمد على خبره (قلت) وهل اخبار من يعتمد على خبره من باب الشهادة او من باب الخبر احتمالان اقواهما الاول وفي المسالك والروضة يشترط في النائب العدالة او الاطلاع على تعريفه المعتبر شرعاً (قوله) ﴿ والاجرة عليه ﴾ كما هو قضية اطلاق المبسوط والسرائر وصريح التحرير والدروس والكفاية لان التعريف حق واجب عليه فيكون اجرته عليه وقال في التذكرة لو قصد الحفظ حين الالتقاط ابداً فالاقرب انه لا يجب على الملتقط اجرة التعريف بل يرفع الامر الى الحاكم ليبذل اجرته من بيت المال او يستقرض على المالك او يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع او يبيع بعضها ان رآه اصلح او لم يمكن الا به واستوجهه في جامع المقاصد لان ذلك لمحض مصلحة المالك ولانه محسن وما على المحسنين من سبيل فهو كالانفاق قال فان قيل ليس التعريف لمحض مصلحة المالك لانه بعد حصوله يسوغ له التملك وان لم يقصده فيكون لمصلحته ايضاً قلنا المقصود بالذات في ذلك مصلحة المالك ومصلحة الملتقط بالتبعية غير مقصودة فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن ان يقال يدفع الاجرة و يرجع اذا نوى الرجوع (قلت) اذا كان اخذها مكروهاً منهياً عنه في الاخبار معللاً بان الناس لو تركوها لجاء صاحبها فاخذها كيف يكون اخذها لمحض مصلحة المالك وانه محسن اليه فقول الشيخ ومن وافقه على اطلاقه اشبه بالمذهب نعم يتم ذلك فيما اذا عرف انها تتلف وقضية كلام من تعرض لذلك وصريح التذكرة انه ان كان اخذها للتملك كانت مؤنة التعريف عليه وان ظهر المالك لانه انما فعل ذلك لمصلحة نفسه خاصة (قوله) ﴿ والاقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد ﴾ اي اذا اخبر العدل الواحد انه عرفها فانه يكتفي بقوله سواء كان متبرعاً او باجرة وفي جامع المقاصد ان فيه قوة وكأنه لا ترجيح في الايضاح (قلت) الاقرب اقرب لقوله جل شأنه و يؤمن للمؤمنين والمؤمن وحده حجة والاصل صيانة المسلم عن الكذب لان الاصل الصحة في اقواله وافعاله اذ لا منازع له وانه بالاستنابة صار له ولاية وان مثل ذلك مما تعسر اقامة البينة عليه فيلزم الحرج وهذا من باب الاخبار

ففي وجوب الاجرة حينئذ نظر و يذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة وان اوغل في الابهام كان احوط بان يقول من ضاع له مال او شيء و ينبغي ان يعرفها في موضع الالتقاط «متن»

يكتفى فيه بخبر الواحد لانه اخبر عن حكم شرعي غير مختص بمعين وليس اخباراً بحق مخصوص لازم للغير حتى يكون من باب الشهادة فتأمل (واما) المخبر باني قد اطلعت عَلَى تعريفه حولاً فهو من باب الشهادة كما تقدم ولم يبق للوجه الآخر الا اصل عدم التعريف والذمة مشغولة به وهو مقطوع بما عرفت والذمة تبرء بذلك كما هو الشأن في امثاله ولا فرق في ذلك بين المتبرع وغيره واستلزامه في الثاني ثبوت حق له عَلَى الغير لا يقضي بتهمته ورد خبره اذ العسر والحرج يقضيان بانه مثل الذي لا يعلم الا من قبله عَلَى انا اذا قلنا بسقوط التكليف بالتعريف باخباره بالنسبة الى الملتقط وان له التملك و بعدم شغل ذمته بالاجرة ارتفعت التهمة وكم من موضع حكمنا فيه بثبوت احد المعلولين دون الآخر فتدبر(١)(قوله) ﴿ في ثبوت الاجرة نظر ﴾ يعني عَلَى القول بالاكتفاء بخبر العدل هل تجب الاجرة فيه نظر ينشأ من ان الاكتفاء بقوله في التملك وسقوط التعريف يقتضي وقوع الفعل الذي هو متعلق الاجرة لترتبها عَلَى وقوعه لانه معلول آخر والحكم بثبوت احد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر ومن انه ايجاب مال عَلَى الغير بمجرد الدعوى وان قيل قوله في سقوط التكليف بالنسبة الى الملتقط الذي لولاه لزم الحرج وقوى في الايضاح عدم وجوب الاجرة وفي جامع المقاصد انه الاصح ولعل الاقوى والاصح ثبوت الاجرة لانه لمكان الحرج والعسر في اقامة البينة يصير كالاعمال التي لا يعلم الاتيان بها الا من قبله فانها يكتفى فيها بقوله كما تقدم(قوله) ﴿ و يذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة ﴾ ومعناه انه لايذكر في التعريف الاوصاف بل ينبغي ان يقتصر عَلَى الجنس بدليل ما بعده كذا قال في جامع المقاصد لكن في التذكرة والتحرير والدروس انه ان ذكر الجنس في التعريف جاز مع التصريح في بعضها بان الايغال احوط كما ستسمع (قوله) ﴿ وان اوغل في الابهام كان احوط بان يقول من ضاع له مال او شيء ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والكفاية والمفاتيح وفي التحرير انه اولى وكذا الدروس (قلت) لو تعرض لبعض صفاتها في موضع الامن من التلبس ليتنبه لها المالك فلا بأس بشرط ان لا يستقصى في الوصف وفي رواية سعيد بن عمرو من يعرف الكيس وقد وجد كيساً فيه سبع مائة دينار واقره الصادق عليه السلام عَلَى ذلك فيكون مثله جائزاً (قوله) ﴿ و ينبغي ان يعرفها في موضع الالتقاط ﴾ كما في التحرير لكن ظاهر التذكرة والدروس وصريح جامع المقاصد ان الحكم عَلَى سبيل الوجوب لان طلب الشيء في موضع فقدانه اكثر وهذا التعليل يقضي بالاستحباب وقد استدل عليه اي الوجوب في الاخير بموثقة اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين ديناراً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع بها قال يسئل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فان لم يعرفوها قال يتصدق بها وسؤال اهل المنزل ليس بالتعريف المعروف ولهذا يدفع اليهم من غير بينة ولا وصف تعبداً اجماعاً وقد حكم فيه بانه يتصدق بها ان لم يعرفوها والاصحاب اطلقوا انه حينئذ للواجد و بعضهم قيده بانتفاء اثر الاسلام والا فلقطة ولعلهم يحملون التصدق به عَلَى الاستحباب وكيف كان فدلالته عَلَى ما نحن فيه كما ترى (ثم) انه قد يرشد الى الاستحباب قولهم انه اذا التقطها في الصحراء لا يلزمه ان يغير قصده و يعدل الى اقرب البلاد الى ذلك الموضع او يرجع الى مكانه الذي انشاء السفر منه وهذا يقضي بانه اذا التقطها في غير بلده لا يجب عليه الاقامة اسبوعاً او اكثر او اقل ليحصل الاشهار والاعلان اذ من المعلوم ان المرة والمرتين في حكم مالا اثر له و يرشد الى الوجوب الخبر فيمن وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفة ولم يعرفه

---

(١) بيان ذلك ان التملك معلول لوجوب التعريف وثبوت الاجرة معلول له والحكم بثبوت احد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الاخر (منه)

ولا يجوز ان يسافر بها فيعرفها في بلد اخر ولو التقط في بلد الغربة جاز ان يسافر بها الى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده ولو التقط في الصحراء عرف في اي بلد شاء وما لابقاء له كالطعام يقومه على نفسه وينتفع به مع الضمان « متن »

صاحبه قال ابو الحسن عليه السلام كيف يعرفه ولم يعرف بلده فاذا كان كذلك فبعه وتصدق به اذ يفهم ان التعريف في غير بلد الالتقاط لا فائدة فيه وقولهم انه لا يجوز ان يسافر بها من بلده الذي هو موضع الالتقاط فيعرفها في بلد آخر لتعلق الوجوب بذلك البلد وانه لو اراد السفر فوض التعريف الى غيره ولا يسافر فينبغي ان يلحظ ذلك كله ثم ان اطلاقهم هنا يتناول ما اذا التقطها في بلده او بلد غربة او برية وستعرف الحال في ذلك (قوله) ﴿ ولا يجوز ان يسافر بها فيعرفها في بلد آخر ﴾ قد عرفت الحال في ذلك وينبغي ملاحظة الجمع بين كلامي المصنف وفي التحرير انه اذا سافر بها لزمه التعريف في اي بلد شاء وهو يوافق ما تقدم ولم يتعرض له سوى المصنف والمحقق الثاني (قوله) ﴿ ولو التقط في بلد الغربة جاز ان يسافر بها الى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده ﴾ قد سمعت الآن كلامهم ولم اجد من صرح بهذا الفرع على هذا النحو الا المصنف في الكتاب خاصة وكأن المحقق الثاني يوافقه على ذلك قال لم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقاط ولا وقفت على تعيين مقدار فيه ويمكن ان يقال يجب المقدار الذي يفيد الاشهار في بلد الالتقاط ثم يكمل الباقي في بلده انتهى (قوله) ﴿ ولو التقطه في الصحراء عرف في اي بلد شاء ﴾ كما في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد اذ لا اولوية لبلد على آخر وان قرب وفي الدروس والمسالك انه يعرف من يجده فيها ويتم اذا حضر في بلده وهو الموافق لما تقدم ويحمل كلام الكتاب على انه لم يجد فيها احداً وقال في التذكرة ولو التقط في الصحراء فان اجتازت به قافلة يتبعهم عرفها فيهم والا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية ولكن يعرف عند الوصول اليها ولا يلزمه ان يغير قصده ويعدل الى اقرب البلاد الى ذلك الموضع او يرجع الى المكان الذي انشأ السفر منه وقال بعض الشافعية يعرفها في اقرب البلاد اليه انتهى وهذا القول قد استجبه صاحب المسالك بناء على ان الاقرب اولى ولعله ليس مطرداً ولذلك اطلق الجماعة ومراده انه التقط في الصحراء ما يعلم او يظن ان له مالكاً بالفعل الا انه غير معين فلو التقط فيها ما يعلم انه لا مالك له في الحال كان له من دون تعريف وبه يحصل الجمع بين كلامهم هنا وبين قولهم ان ما يوجد في المفاوز او في خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف اذ المفازة والصحراء والفلاة هنا بمعنى واحد كما تقدم ويأتي (قوله) ﴿ ومالا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه وينتفع به مع الضمان ﴾ هذا معنى ما في المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم قال في المقنع وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فرد عليه القيمة ونحوه ما ذكر معه وذلك بمعنى انه يضمن وهو معنى ما في المبسوط ان شاء اكله ويرد القيمة ومثل ما في الكتاب ما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان وغيرها لكن في النافع والارشاد واللمعة يقومه من دون ذكر على نفسه لكن في الاولين انه يضمن وهو يفيد تقويمه على نفسه ومما صرح انه يقومه على نفسه المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم والشرائع والتحرير والدروس والروضة وبمعناه قوله في المبسوط كله ونحوه تملكه وقد نسبه مع الضمان في الكفاية الى كلامهم وليس في الغنية الا ان له التصرف فيه من غير تعريف ودعوى الاجماع عليه وليس في الشرائع والدروس ذكر انه يضمن كما حكيناه اولاً عن اللمعة لكنه مراد جزماً (هذا) وفي الخبر عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين قال يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء « الخبر » وفي آخر فان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فرد عليه القيمة وليس في الاول تصريح (التصريح خ ل) بالتقويم على نفسه ولا يحكم

وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان او يدفع الى الحاكم «متن»

عليه الثاني بقيده لاحتمال ورود الامر بالتقويم عَلَى نفسه مورد الغالب من تعسر تقويمه عَلَى الغير في المفاوز واحتمال ورود اطلاق الخبر الاول عليه ممكن الا ان عموم مفهوم التعليل مع القطع بعدم الفرق يدفعه ولذلك ذكر المصنف وغيره ان له بيعه كما ستسمع لكن قدماء الاصحاب لم يذكروا ان له بيعه اصلاً ولم يذكره احد قبل المصنف لكن ذلك غير ضائر لان احداً من القدماء سوى الشيخ لم يذكر الدفع الى الحاكم مع انه جائز له قطعاً ولم نجد احداً اشترط في التقويم عَلَى نفسه اذن الحاكم وكلام الرياض صريح او كالصريح في انسحاب الخلاف الآتي اليه وكلام التذكرة التي لم يعرف الخلاف الا منها صريح في ان المنع انما هو في بيعه عَلَى غيره بدون اذن الحاكم واطلق له فيها جواز الاكل ولهذا اعترضه في جامع المقاصد بانك اما ان تشترط الرجوع الى الحاكم فيهما اولا فيهما والفرق مشكل ثم قال ان مراجعة الحاكم فيهما اوجه (قلت) ستعرف الفرق والظاهر ان الثمن ان افرزه او قوّمه على نفسه بعين حينئذ يكون امانة فلو تلف بغير تفريط لم يكن عليه عوضه للاصل وجواز الاخذ والتقويم وعدم دليل عَلَى الضمان وان لم يفرزه فما في الذمة لا يخشى هلاكه ولو اختلفت قيمته فالمدار على قيمته يوم الاكل لا يوم الاخذ ولا اعلى القيم والتعريف للقطة لا لقيمتها وجزم جماعة بانه لا يجوز لها ابقاء ذلك لانه يتلف فيضمن لتقصيره وفي جامع المقاصد نفي الريب عنه والظاهر ان المراد بما لا يبقى ما يفسد عاجلاً كالهريسة واللحم والطبيخ والبطيخ لكن قال في التذكرة ما لا يبقى عاماً كالبطيخ الى آخره (قوله) ﴿ وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع على انه يتخير بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتملك والتعريف حولاً حيث قال عندنا وكأنه استنباطي لان احداً لم يذكره قبله وكذلك نسبته في الكفاية الى كلامهم لكنه قال ايضاً في التذكرة لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لانه مال الغير ولا ولاية له عليه ولا عَلَى مالكه فلم يجز بيعه الا بالحاكم كغير الملتقط وقال ايضاً اذا باع الطعام الذي يخشى فساده تولاه الحاكم فان تعذر تولاه بنفسه لانه موضع ضرورة اما لو باعه بدون اذن الحاكم وفي البلد حاكم كان البيع باطلاً انتهى ولعل الاقوى عدم وجوب استئذانه كما هو صريح مجمع البرهان وظاهر اطلاق الكتاب وما وافقه للاصل واطلاق قوله عليه السلام يقوّم ما فيها ثم يؤكل وقوله عليه السلام في الصحيح الوارد في اللقاط الجارية انما يحل له بيعها بما انفق عليها ولأن له عليه ولاية في الجملة لمكان استئمانه وتعلقا به لمكان جواز تملكه فكان كأنه وكيل او صاحب مال ولأن له ولاية التملك والصدقة بعد التعريف فالبيع بالطريق الاولى فتأمل في هذا وقد يستدل بانه قد ابيح له اكله من دون استئذان فيباح له بيعه وانه ابيح له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه (واجاب) عن اول هذين في التذكرة بان في البيع ولاية عَلَى مال الغير بخلاف الاكل فان القصد به مع الانتفاع اداء القيمة الى المالك (قلت) هذا الفرق جيد واليه يرشد كلامهم في المسألة الآتية لكن قضية الاصول وظواهر الاخبار والفتاوى من المتأخرين بخلافه (واجاب) عن ثانيهما بان حالة العجز لا قدرة له عَلَى الحاكم فأبيح له البيع تخلصاً من ضررها بخلاف حالة القدرة (قلت) لعل غرض المستدل التقريب بما اشرنا اليه من ان له تعلقاً به وولاية عليه وليس كالاجنبي وقد عرفت ان احداً لم يذكره قبل المصنف والكلام في الثمن والتعريف كما تقدم (قوله) ﴿ او يدفع الى الحاكم ﴾ كما في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي الاخير لعله لا خلاف فيه وظاهر التذكرة انه لا مخالف فيه الا احمد وفي الكفاية نسبته الى كلامهم لانه ولي الغياب وفي اكثر ما ذكر التصريح بانه لا ضمان ومع ذلك كله قال في المفاتيح قيل وان شاء دفعه الى الحاكم ابتداء ولا ضمان (قوله)

ولو افتقر بقاؤها الى العلاج كالرطب المفتقر الى التخفيف باع الحاكم الجميع او البعض لأصلاح الباقي ولو اخر الحول الاول عرف في الثاني وله التملك بعده على اشكال (الثـاني الضمان) وهي امانة في يد الملتقط ابدا مالم ينو التملك اويفرط « متن »

﴿ ولو افتقر بقائها الى العلاج كالرطب المفتقر الى التجفيف باع الحاكم الجميع او البعض لاصلاح الباقي ﴾ كما في المبسوط والشرائع وكذا التذكرة في مقام منها وقال في اللمعة اصلحه الحاكم ببعضه وفسره في الروضة بانه يصلحه ببعضه عوضاً عن اصلاح الباقي اجمع او يبيع بعضه و ينفقه عليه وجوباً حذراً من تلف الجميع ووجه تعين الرجوع الى الحاكم انه مال غائب وهو وليه في حفظ ماله وعمل ما هو الحظ له فيه فيجب على الملتقط اعلامه بحاله ان لم يعلم ومع عدمه يتولاه بنفسه حذراً من الضرر بتركه كما في جامع المقاصد والروضة وهو يخالف الحيوان حيث يباع جميعه لان النفقة تتكرر فيؤدي الى ان يأكل نفسه وفي التحرير والدروس انه يتخير بين فعل ذلك و بين الدفع الى الحاكم وهو خيرة موضع من التذكرة وقد استحسنه في المسالك وهو الاصح لما مر فيما تقدم وكيف كان فهو لقطة شأنه شأن ما لا يبقى في جميع ماتقدم (قوله) ﴿ ولو اخر الحول الاول عرف في الثاني وله التملك بعده على اشكال ﴾ ولا ترجيح ايضاً في الايضاح والاصح ان له ذلك كما هو خيرة التذكرة والتحرير والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام الشرائع والارشاد او صريحهما حيث قيل فيهما ولا يجوز تملكها الا بعد التعريف وان بقيت في يده احوالاً اذ قضيته ان التملك يصح بعد التعريف اذا بقيت في يده احوالاً قبله ويأتي مثل ذلك للمصنف وكذا مجمع البرهان بل لا نجد مصرحاً بالعدم لتعليق الحكم بالتملك في النصوص على التعريف حولاً الصادق على الواقع بعد الالتقاط على الفور و بدونه (ووجه العدم) انه يقتصر في تملك مال الغير المخالف للاصل على المتيقن وقول احدهما عليهما السلام في صحيحة محمد فان ابتليت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك والفاء تدل على التعقيب بغير مهلة فيكون جعلها في عرض ماله موقوفاً على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بلا فصل وان التعريف لامكان لقاء المالك وانما يمكن في وقت طلبه والظاهر انه بعد الحول ييأس منها فتنتفي فائدة التعريف (وفيه) ان الاصل مقطوع باطلاق النصوص المتقدمة وان غاية ما افاده الصحيح على تقدير التسليم وجوب الفور وهو غير شرطيته بل قد يظهر من الخبر بمعونة الاجماع والاخبار الآخر اشتراط التملك بالتعريف ولا نزاع فيه وتقدير شيء زائد لا دليل عليه وفي كثير من الاخبار وفيها الصحيح يعرفها سنة من غير فاء وفي اخبار العامة عنه صلى الله عليه وآله وسلم اعرف عفاصها ووكائها ثم عرف سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك فلو كان الفور معتبراً لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولا يجوز جعل الاعم من السبب مكانه وليس في اخبارنا ثم يعرفها كما توهمه في المسالك (ثم) انا لا نسلم ان هذه الفاء للتعقيب كما في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك وقد تقدم ذلك عن التحرير بل هي رابطة الجواب الانشائي مثل قوله تعالى فان شهدوا فلا تشهد معهم ان كنتم تحبون الله فاتبعوني ولا احد يقول بان هذه تفيد التعقيب والا لا فادته في قوله جل شأنه من جاء بالسيئة فكبت وجوههم وان تاب زيد فتب (والحاصل) انه لافائدة لهذه الفاء الا الربط وهو منحصر في ست مسائل (واما) الاخير فان تم قضى بسقوط التعريف وبه استدل احمد لا بعدم جواز التملك مع انه لوكان التأخير لعذر لم يسقط التعريف عندنا وجاز وملك بعد التعريف وفي الدروس لا ضمان بالتأخير لعذر او لغير عذر ولعل الاشبه باصول الباب انها ان بقيت في يده احوالاً من غير تعريف لعذر او لغيره حيث ييأس من صاحبها وصاحبها ييأس منها ولا يتفطن لها لو سمع تعريفها انها تكون كالمال المجهول المالك يجب عليه ان يتصدق بها لكنه ان اراد تملكها عرفها تعبدا وان لم يجد تعريفها لمكان اطلاق النصوص والفتاوى فتأمل جيداً (قوله) ﴿ (الثاني الضمان) وهي امانة في يد الملتقط ابداً ما لم ينو التملك او يفرط ﴾ كما هو صريح التذكرة وقضية كلام

ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي امانة في الحول مضمونة بعده ولو قصد الخيانة بعد قصد الامانة ضمن بالقصد وان لم يخن بخلاف المودع لتسليط المالك هناك ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالاقرب جواز التملك « متن »

غيرها وظاهر التذكرة ان لا مخالف في شيء من الاحكام الثلاثة حتى من العامة لان الضمان مع التفريط مما لا ريب فيه كما انها امانة ابداً اذا نوى الحفظ لصاحبها ابداً مع عدم اخلاله بتعريفها كما تقدم ولا اجد خلافاً في ان اخذها بنية التملك قبل الوقت المشروع له وهو ما اذا كانت النية للتملك في الابتداء من دون تعريف او في اثناء الحول مقتض للضمان لان يده حينئذ يد خيانة وعدوان والظاهر انه يبرء بالدفع الى الحاكم فهاتان صورتان من صور اخذ الملتقط وبقي صور أخر تأتي في كلامه (قوله) ﴿ ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي امانة في الحول مضمونة بعده ﴾ هذه صورة اخرى من صور اخذ الملتقط (اما) انها امانة في الحول فما لا خلاف فيه ولا اشكال كما تقدم مراراً وهي شرعية لكن جعل لها الشارع هنا حكماً آخر كما تقدم بيانه (واما) انها مضمونة بعد الحول ففي الكفاية انه المعروف من مذهب الاصحاب وهو كذلك لكنها انما تضمن حينئذ ان نوى التملك بعده كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس ومجمع البرهان وكان عزم التملك مطرداً باقياً وان لم يجر صيغته كما لو نوى التعريف والتملك بعده وبقي عزمه كما هو المفروض في الكتاب والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك لانه صار ملكاً لنفسه فاشبه المستام وان لم يملك بالفعل وصريح التحرير والرياض وظاهر الكفاية انه لا بد في هذا الفرض من تجديد نية اخرى وسيأتي من المصنف وغيره النص على عدمه هذا اذا قلنا بافتقار التملك الى النية كما هو المعتمد عند علمائنا كما في التذكرة وقد تقدم بيانه والا نقل بذلك بل قلنا تملك قهراً بغير نية ولا اختيار كما يأتي فلا اشكال في الضمان كما في التذكرة ايضاً وغيرها لكنه سيأتي انهم مختلفون في ان اللقطة هل تضمن بمطالبة المالك او بنية التملك وقد اختار الاول الشيخ في المبسوط وجماعة وهنا اطلقوا الكلمة ويمكن الجمع بان خلافهم هناك انما هو في تمام سبب الضمان فهل هو نية التملك فقط او ان ذلك جزء سبب ولا يتم الا بمطالبة المالك فليلحظ ذلك ويأتي تحريره ان شاء الله تعالى ثم ان في بعض العبارات لا يضمن الا بنية التملك بعد التعريف مع انه يضمن بالتصدق الا ان يكون المراد وهي عنده او يكون المراد ضماناً حتمياً لانه مع التصدق يحتمل ان يرضى المالك بذلك فلا ضمان (قوله) ﴿ ولو قصد الخيانة بعد قصد الامانة ضمن بالقصد وان لم يخن بخلاف المودع لتسلط المالك هناك ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في باب الوديعة ولو لم يقصد امانة ولا خيانة لم تكن مضمونة عليه وله ان يتملك بشرطه وكذا لو اضمر احدهما ونسي تمسكاً باصالة البرائة (قوله) ﴿ ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالاقرب جواز التملك ﴾ قد تقدم انه لو نوى التملك بغير تعريف حين الالتقاط واراد اخفائها على المالك كان غاصباً ضامناً فلو انه عرفها بعد ذلك التعريف المعتبر فقد قرب المصنف جواز التملك له وهو خيرة التذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الدروس لانه قد وجد سبب الملك وهو التعريف والالتقاط فيتملكها به ولان عموم النصوص يتناول هذا الملتقط والمانع لا يصلح للمانعية للاصل والضمان لا ينافي جواز التملك مع حصول الشرط على انا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لزم ان نمنع الفاسق والصبي والسفيه من الالتقاط لان الغالب على هؤلاء نية التملك حين الالتقاط من دون نية تعريف ويشبه الحال فيه ما اذا دخل حائط غيره واحتش منه او احتطب او اصطاد فانه يملك ذلك وان كان دخوله محرماً (ووجه العدم) انه اخذ مال غيره على وجه لا يجوز له اخذه فاشبه الغاصب وجعل في جامع المقاصد ثم خارجة عن بابها في عبارة الكتاب وفسرها بانه اخذها بقصد التملك وعرفها التعريف المعتبر متصلاً بالاخذ وقال لا يراد منها التراخي عن الاخذ ولعله نظر الى انه اذا تراخى لم يحصل التعريف المعتبر لان المصنف فيما تقدم استشكل

وبنية التملك يحصل الضمان وان لم يطلب المالك عَلَى رأي « متن »

في التملك فيما اذا اخر الحول وقد عرفت ان لا مخالف في انه له التملك هناك وان وجه العدم ضعيف (قوله) ﴿ وبنية التملك يحصل الضمان وان لم يطالب المالك عَلَى رأي ﴾ عليه الفتوى كما في التنقيح وعليه الاكثر كما في المسالك والكفاية وهو صريح الشرائع والايضاح والارشاد والدروس وظاهر المقنعة والنهاية والخلاف والمراسم والمبسوط في اوائل الباب والتذكرة والمختلف وغيرهما مما قيل فيه انه يضمن بعد الحول ان نوى التملك بل كاد يكون صريح الاخيرين وحكى في الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم عَلَى انه اذا عرّفها سنة واكلها كان ضامناً ولم يتعرض لمطالبة المالك اصلاً ولهذا نسبناه الى ظاهره ويرشد اليه انه قال في التحرير قال الشيخ في بعض كتبه يضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك وفي اكثرها ان الضمان يتعلق به بالنية وقال في اواسط الباب من المبسوط قال قوم يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبة صاحبها بها لقوله صلى الله عليه وآله وسلم من وجد لقطة فليشهد ذا (ذوي خ ل) عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فليردها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وقال آخرون اللقطة بعد الحول تجري مجرى القرض والقرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبة المقرض والاول اقوى انتهى وهو ظاهر السرائر حيث قال هو ضامن اذا جاء صاحبه وقد يظهر ذلك من الغنية وفي الكفاية انه اقرب واختاره في جامع المقاصد محرّراً له قال متى كانت العين باقية وظهر المالك وطالب وجب ردّها ولا بعد في ذلك بان يكون ملك الملتقط اياها متزلزلاً وان جاء بعد تلفها وطالب وجب البدل يوم التلف او يوم المطالبة وقال انه اعدل الاقوال لان فيه جمعاً بين الادلة والاصل عدم امر زائد عليه (وحاصل كلامه) ان الملتقط يملكها ملكاً متزلزلاً مراعى يزول بمجيء صاحبها ويجب البدل مع تعذر ردّ العين ونسبه الى التحرير وقال انه قوي متين واختاره في المسالك لكنه قال ان ضمانها مراعى بظهور المالك او مطالبته قال وهذا حسن والظاهر من الاخبار ان الضمان يحصل بظهور المالك لكن الشيخ اعتبر المطالبة انتهى (قلت) ستسمع ما في الدروس من ان الروايات محتملة وقوى في الروضة ان ضمانها لا يحصل الا بظهور المالك طالب ام لم يطالب مع احتمال توقفه عَلَى مطالبته وقال في التحرير ويملك الملتقط اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها فان وجدها المالك كان احق بها وليس للملتقط دفع القيمة او المثل الا برضاه عَلَى اشكال الى ان قال ولو تعذر ردّ اللقطة بعد التملك وجب عَلَى الملتقط المثل ان كان والا القيمة والوجه ان القيمة المعتبرة هي القيمة وقت التملك وهل يملك الملتقط اللقطة بعد التعريف والنية بغير عوض يثبت في ذمته وانما يتجدد العوض في ذمته بمطالبة المالك كما يتجدد ملك الزوج لنصف الصداق بالطلاق او بعوض ثابت في ذمته لصاحبها فيه احتمال قال الشيخ في بعض كتبه يضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك وفي اكثر كتبه الضمان يتعلق به مع النية انتهى كلام التحرير ولا ترجيح فيه فيما نحن فيه ونحوه ما في الدروس لكنه رجح المشهور كما حكيناه عنه قال فهل يملكها بعوض يثبت في ذمته او بغير عوض ثم يتجدد بمجيء مالكها فيه الروايات احتمال الامرين والاقرب الاول انتهى وكلام التحرير مع ملاحظة اوله وآخره ظاهر او نص في انه يملكها ملكاً مراعي لكن هذا الملك يحتمل ان يكون بغير عوض ثابت في الذمة حين التملك وانما يتجدد بمطالبة المالك وان يكون بعوض ثابت كذلك في ذمته لصاحبها فلا ملازمة ولا ترتيب بين كون الملك فيه متزلزلاً مراعى وكون الضمان عند المطالبة (وليعلم) ان كلام المشهور هنا مع قولهم ايضاً بعدم وجوب ردّ العين لو كانت باقية يقضي بانهم يقولون انه يملكها ملكاً مستقراً غير متزلزل كملك المباحات بعوض مضمون في ذمته ضماناً متزلزلاً مراعي بظهور المالك ومطالبته فان ظهر علمنا استقرار الضمان والا انكشف عدمه كما هو الشأن في البيع الفضولي عَلَى القول بان الاجازة كاشفة كما هو الشأن في الوديعة اذا صارت مضمونة والعارية المضمونة وضمان الغاصب فمعنى الضمان حينئذ ان الشارع جعل ذمة الملتقط متعلقة بالمال عَلَى وجه يلزمه بدل المال له عَلَى

تقدير ظهوره ومطالبته فلزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لا نفسه كما بيناه في باب الوديعة وليس معنى الضمان فيما نحن فيه وفيما مثلنا به ان العوض يستقر في ذمته كالقرض لعدم امكانه فيما مثلنا به لان العوض فيهما انما يستقر بالتلف والابراء منه ابراء مما لا يجب مع انهم قالوا بصحة الابراء من الضمان فيها فلا بد ان يكون مرادهم ما ذكرناه وهم صرحوا به (واما) عدم صحته فيما نحن فيه فالوجه فيه ظاهر لان الالتقاط عندنا اكتساب وليس جارياً مجرى الاستقراض وانما هو مذهب للشافعية ولو جرى مجراه لم يصح من الصبي والمجنون بل ولا صح لوليهما ان يتملك لهما بعد التعريف ان كانت مصلحتهما في عدم الاستقراض كما قد تقدم وما حكيناه عن المبسوط ثانياً فانما هما قولان للعامة قال ان احدهما اقوى والذي يظهر منه في الباب ان مذهبه فيه هو ما حكيناه عنه اولاً وذلك لا يدل عَلَى عدوله عنه وهو الموافق لاجماع الخلاف وكلام الاصحاب وكلام التحرير والدروس لا بي عماذ كرناه في تحرير مذهب المشهور وان اوهم بادء بدء خلافه و كذلك ما حكيناه عن السرائر وما في الدروس والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا ما يأتي من الكتاب من انه عَلَى قول مشهور يكون مديناً بالعوض فيجب عزله عند الموت والايصاء به و يعدّ مديناً بسببه فيستثنى في الخمس وغير ذلك فليس بجيد لما عرفت مع استمرار الطريقة واستقامة السيرة عَلَى خلافه ولو كان كذلك لورد في خبر من اخبار الباب عَلَى كثرتها مع ان ذلك جار فيما اذا تصدق به ايضاً وخبر محمد الذي تضمن الايصاء به يحمل عَلَى انه ابقاه امانة لم يتملكه فكانت الاحتمالات في المقام كثيرة (منها) ما ذكرناه في بيان كلام المشهور (ومنها) انه يملكه ملكاً مستقراً بعوض ثابت لازم كالقرض لا يزول الا بعفو المالك او عدم مطالبته (ومنها) انه يملكه ملكاً مستقراً مجاناً و يتجدد وجوب العوض بظهور المالك او مطالبته (ومنها) انه يملكه ملكاً متزلزلاً مجاناً ويزول بمجيء المالك اومطالبته ويجب البدل مع تعذر العين (ومنها) انه يملكها ملكاً متزلزلاً بعوض متزلزل وكأنه لا يصح ان يقال انه يملكها ملكاً متزلزلاً بعوض مستقر و يأتي للمصنف في الكتاب الاستشكال في انه هل يملكها مجاناً و يتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها او بعوض يثبت في ذمته وهو محتمل لاكثر الاحتمالات المذكورة ويأتي بيان الوجه في جزمه هنا واستشكاله من دون تقادم عهد وقد استدل للمشهور بعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت وبانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو يوجب الضمان وهما كما ترى واقعد ما يستدل لهم به ما في الشرائع والتذكرة وغيرهما من ان المطالبة تترتب عَلَى الاستحقاق اي عَلَى ثبوت حق سابق اذ لو لم يكن له حق سابق لم يكن لصاحبه المطالبة لانها اذية فلو ترتب الاستحقاق وثبوت الحق عَلَى المطالبة لزم الدور وانه لو لم يجب العوض قبل المطالبة لم يكن له المطالبة بالبدل اذا تلفت لان العين قد تلفت عَلَى وجه غير مضمون (واجاب) عن الاول الشهيد الثاني بمنع توقف المطالبة عَلَى الاستحقاق بل عَلَى امكانه وهو حاصل سلمنا لكن الاستحقاق حاصل وان لم يكن الضمان حاصلاً لان المراد انه اذا جاء المالك استحق ان يطالب واذا طالب وجب الضمان وهذا مأخوذ من جامع المقاصد وقد فهم من الاستحقاق استحقاق المطالبة لا غير مع انه محتمل لغيره كما عرفت سلمنا لكنا نقول له بماذا يستحق المطالبة فان كانت بالعوض الذي يثبت بالمطالبة اذ لا يريد الثبات قبل رجع الامر الى انه اذا جاء المالك استحق المطالبة بالعوض الذي يثبت بالمطالبة فيرجع الى الدور الذي قالوه لان المطالبة اذية لا تجوز الا بحق سابق (واجاب) المحقق الثاني بان اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح لكنه لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك بل غايته انه اذا جاء المالك استحق فطالب فان اراد انه استحق العوض كان ثبوت العوض والضمان بمجيء المالك لا بالمطالبة وهو خلاف ما يحاول فتأمل وان اراد انه استحق المطالبة بالعوض جاء ما ذكرناه عَلَى المالك (واجاب) عن الثاني بمنع كون الاتلاف غير موجب للضمان مطلقاً لامكان ان يقال المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك اذا جاء يرد عليه البدل اذا تلفت العين وهذا كاف في صدق معنى الضمان ونحوه ما في المسالك (قلت) هذا مراد المشهور كما بيناه فلم يكن اتى بشيء آخر وانت اذا امعنت النظر وتأملت فيما ذكرناه في معنى الضمان كدت تقول ان النزاع يعود لفظياً فليتأمل جيداً

(الثالث التملك) وانما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك على رأي « متن »

(واما) قولها انه يملكها ملكاً مراعى ففيه ان الظاهر من قولهم عليهم السلام انها كسبيل ماله واجعلها في عرض مالك والا كانت في ماله فان مات كانت ميراثاً لولده ولمن ورثه فان لم يجئ لها طالب كانت في اموالهم هي لهم انه يملكها ملكاً مستقراً وان لا عوض لها اصلاً (ولك ان تقول) ان ظاهر قولهم عليهم السلام في عدة اخبار فان جاء طالبها دفعها اليه وردّه اليه وجوب رد العين وذلك يقضي بتزلزل الملك وان الاصل بقاء مال المالك على ملكه خرج التملك في الجملة فيكون ملكاً مراعى محافظة على الاصل فينقضي الملك وينقطع بظهور المالك سواء كانت العين باقية او تالفة ولا بعد في حمل ما ذكرت من قولهم عليهم السلام على الملك المراعى كما اوجبوا العوض والضمان مع ان ظاهر الادلة خلافه مضافاً الى ما يأتي في المسألة الآتية من معنى قولهم عليهم السلام اجعلها في عرض مالك ولكن لنا ان نقول وجب العوض بالاجماع و بقيت العين على ملكه الدائم لمكان دليله الظاهر في ذلك و يحمل قولهم عليهم السلام دفعها اليه على ما اذا جاء قبل التملك فتأمل ويأتي بلطف الله تعالى تمام الكلام في هذا (وقد استدلوا) للشيخ بقوله صلى الله عليه وآله وسلم فان جاء صاحبها فليردّها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وهذا عامي وقول الباقر عليه السلام من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي طالبه فاذا جاء طالبه ردّه اليه وقول الصادق عليه السلام فان وجدت صاحبها والا فانت احق بها وهي كسبيل مالك الى غير ذلك مما استدل به في المسالك ولم يتضح لنا وجه دلالتها ونعم ما قال في الدروس من ان الروايات محتملة للامرين اي قول الشيخ وقول المشهور (وكيف كان) فهذا الضمان دائم وليس بمخصوص بمجيء المالك بل الوارث ايضاً كما افصحت به رواية ابي خديجة ولا يبعد ان يكون كذلك بعد موت الملتقط ايضاً لمكان عموم اذا جاء صاحبها (قوله) ﴿ الثالث التملك وانما يحصل بعد التعريف حولاً ونية التملك على رأي ﴾ هو خيرة المبسوط والخلاف في موضعين منه والوسيلة والغنية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة في موضع منها والمختلف والارشاد وشرحه لولده والايضاح والدروس واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو المحكي عن التقي وهو المشهور كما في الروضة والاشهر كما في التذكرة والمسالك والكفاية وعليه الاكثر كما في المختلف وهو الحق وعليه الفتوى كما في التنقيح وفي الغنية الاجماع عليه وفي زكوة الخلاف انه هو المذهب وفي مقابلة هذا القول قول جماعة انها بعد الحول والتعريف تدخل في ملكه قهراً وقد نسبه في الدروس الى ظاهر النهاية والمقنعة والى الصدوقين وابن ادريس (قلت) اذا كان ظاهر المقنعة كان ظاهر المراسم وقال في المختلف ليس في المقنعة والمراسم دلالة على احد القولين (قلت) قال في المقنعة وان كان الموجود في غير الحرم عرّف سنة فان جاء صاحبه والا تصرّف فيه الذي وجده وهو ضامن له ومثلها عبارة المراسم وليس في كلام الصدوقين والشيخ في النهاية الا قولهم انها كسبيل ماله كما في جملة من الاخبار وهذا لا ينافي الملك الاختياري لان مثل ذلك يقال في مثل ذلك نعم المصرح به ابن ادريس في السرائر مدعياً عليه الاجماع وتواتر الاخبار وقد قرّبه صاحب الكفاية وقال في الدروس انه اشهر وقد نفى عنه البعد في الرياض مع انه في مكانة من البعد من وجوه كما ستعرف ولا اقل من ان يكون كسائر المباحات وقد بينا انه لا بدّ في تملكها من النية وكيف يجتمع هذا مع اجماع الخلاف والغنية والتذكرة على انه مخير بين التملك والتصدق به والحفظ للمالك فضلاً عن اخبار الخلاف والفتاوى كما تقدم بيان ذلك كله وما في التذكرة من قوله كما جاز القافلة بملك بالتعريف حولاً اثماناً او عروضاً عند علمائنا اجمع فانه مسوق للردّ على الفارق بين العروض والاثمان واصحاب القول الاول اختلفوا فالاكثر على ان الملك يحصل بقصد التملك فقط ولا حاجة الى اللفظ ولا الى التصرف وقال الشيخ في الخلاف لا تدخل الا باختياره بان يقول قد اخترت ملكها ووافقه على ذلك ابن حمزة وابو الصلاح وهو ظاهر التذكرة في موضعين منها وحاصله

ولو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وان لم يجدد قصداً « متن »

انه يشترط مع نية التملك التلفظ وفي التنقيح ان الفتوى عَلَى خلافه وذكر في المسالك قولاً آخر وهو انه لا يملك الا بالتصرف بمعنى كونه تمام السبب والجزء الاول التعريف والثاني نية التملك او لفظه الدال عليه وهذا ليس لاحد من طائفتنا وانما هو احد اقوال الشافعي (حجة المشهور) عَلَى عدم التملك قهراً بعد الاجماع المحكي في الغنية وظاهر الخلاف والتنقيح الاصل وظاهر الاخبار (اما الاول) فلأن الاصل بقاء الملك عَلَى ملك مالكه وعدم نقله عنه الا بسبب موجب للنقل وليس مضي الزمان موجباً له اذ لم يعهد في الشرع مثله (واما الثاني) فلورود النص بانه اذا تصدق بها بعد الحول خير المالك بين الغرم وكون الاجر له وبين عدمه والاجر للمالك ولو كانت ملكاً له كان ثواب الصدقة له لا ينتقل عنه بالغرم وقال احدهما عليهما السلام في صحيح محمد فان ابتليت فعرّفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري عَلَى مالك حتى يجيء لها طالب فان لم يجيء لها طالب فاوص بها في وصيتك فان امره عليه السلام بالايصاء بها وجعلها في عرض ماله ظاهر في ابقائها امانة ومعنى جعلها في عرض المال انه يجعلها في جملته من غير مبالات ومعناه انه لا يجب عليك عزلها عنه في مكان وحدها وانك لا تضمنها بل حالها حال مالك يصيبها ما اصابه قال في الوافي هذه اللفظة تستعمل في مثل هذا المعنى يقال يضربون الناس عن عرض اي لا يبالون بمن ضربوا ومنه كل الجبن عرضاً اي اعترضه واشتره ولا تسأل عن عمله وكأن شيخنا في الرياض لم يلحظ آخر الخبر والا لما انكر ظهوره في ابقائها امانة ويمكن ان يستدل به لما في الروضة بانه عليه السلام امر بجعلها في عرض ماله واقل مراتب الامر الاباحة وذلك يستدعي ان يكون المأمور به مقدوراً وهو لا يجتمع مع الملك قهراً وما اعترض عليه به في الرياض انه انما يتم لو كان المأمور به جعلها مالاً وجعلها في عرض المال غير جعلها مالا غير سديد لانهما ان كانتا بمعنى تم استدلال الروضة وان كانتا غيرين تم الاستدلال الاول بل يتم استدلال الروضة ايضاً بناء عَلَى ان المراد بجعلها في عرض ماله جعلها امانة فيدخل تحت قوله مقدوراً وفي الصحيح يعرّفها سنة فان لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء صاحبها فيعطيها اياه وان مات اوصى بها وهو ضامن ولو كان مالكاً قهراً لكان له التصرف فيها كيف شاء ولم يأمره بحفظها (واوهن) شيء احتمال ان يكون فأن لم يعرّفها بالتشديد لانه لو كان كذلك لامره بالتعريف لا بحفظها من دون تعريف ثم ان الموجود في النسخ الصحيحة فان لم تعرف بالتاء ذي النقطتين من فوق (حجة السرائر) وما وافقها ما ادعاه فيها من الاجماع وتواتر الاخبار وقد عرفت ما يعارض ذلك وقال في المختلف ان ادعائه الاجماع وتواتر الاخبار خطأ فان اكثر الاصحاب قالوا انه لا يملك الا بالنية بل ابو الصلاح جعل الاحتفاظ وعدم التملك اولى والاخبار انما تنطق بما قلناه انتهى (قلت) دليله من الاخبار قولهم عليهم السلام هي كسبيل ماله وقد عرفت الحال في ذلك واجاب في المختلف بان التشبيه يدل عَلَى المغايرة والا لكان اتحاداً لا تشبيهاً وهو يدل عَلَى نفي المالية انتهى وقد فسّره في التنقيح بان التشبيه لا يقتضي الاتفاق في جميع الاحكام والا لكان هو هو بل يكفي في مطلق التشبيه الاتفاق في بعض الاحكام وهو هنا كذلك فانه يشابه ماله في جواز التصرف فيه باحد الامور الثلاثة فورد عليه ان الاتفاق في جميع الاحكام لا يستلزم الاتحاد لانه يكفي في التغاير استناده الى امر آخر غير الاحكام كتغاير الماهية ونحو ذلك (وحجة) الحلاف ان الملك يثبت حينئذ اجماعاً ولا دليل عَلَى ما سواه وضعفه في جامع المقاصد بان حصول الملك لا شك فيه وتوقفه عَلَى سبب لا يستدعي سبباً معيناً والاصل عدم التعيين وذلك دليل عَلَى الاكتفاء بالنية فلا يستقيم نفي الدليل عَلَى ثبوت الملك بها وليس الدليل منحصراً في الاجماع وحاصله ان احد السببين كاف وان دليله من الاخبار من وجد شيئاً فهو له ونحوه وتظهر الفائدة بين القولين الاولين في اختيار الصدقة والنماء المتجدد والجر يان في الحول وتظهر فائدة الثالث في الاخيرين (قوله)

﴿ ولو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وان لم يجدد قصداً ﴾ لان القصد المذكور صالح لان

ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف سواء كان غنياً او فقيراً مسلماً او كافراً اما العبد فيتملك المولى ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف و يتبع بعد العتق ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية وحكم العبد في الباقي « متن »

يكون سبباً لحدوث الملك في الوقت الذي علق به ولا دليل عَلَى اشتراط مقارنته لحصول الملك وهذا هو ما اشرنا اليه فيما سلف وقد عرفت من خالف في ذلك (قوله) ﴿ ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف ﴾ كما تقدم بيان الامرين (قوله) ﴿ سواء كان غنياً او فقيراً مسلماً او كافراً ﴾ قد تقدم فيما سلف انه حكي في التذكرة الاجماع عَلَى ان الملتقط يتخير بين امور ثلثة سواء كان غنياً او فقيراً او من تحل له الصدقة او تحرم عليه وفي صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في اللقطة يجدها الرجل الفقير اهو فيها بمنزلة الغني قال نعم ثم ان الالتقاط اكتساب وكل واحد منهم صالح له وقال ابو حنيفة ان كان غنياً لم يكن له التملك و به قال الحسن ابن صالح والثوري لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وما يضاف الى الله عز وجل لا يتملكه الا من يستحق الصدقة (قوله) ﴿ اما العبد فيتملك المولى ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق ﴾ قد تقدم الكلام ان العبد يجوز التقاطه اذا لم يأذن له المولى في الالتقاط ولا في التملك ولم ينهه فاذا التقط شيئاً صح منه ان يعرّفه كما صح التقاطه فاذا اكمل حول التعريف لم يكن للعبد ان يتملكها لنفسه ولا لسيده (اما الاول) فلأنه ليس اهلاً لذلك مطلقاً عَلَى ما هو المعروف ويدون تمليك السيد عَلَى قول بعض اصحابنا والمفروض ان السيد لم يملكه (واما الثاني) فلأن السيد لم يقع منه نية التملك مع انه عَلَى كل من التقديرين لا اعتبار بقصده وانما يقع الالتقاط منه للسيد اذا شاءه كما تقدم بيانه في الضالة فان اختار العبد التملك عَلَى الوجه الذي لو فعله الحر ملك به لم يملك به وتكون العين في يده مضمونة عليه يتبع بها بعد العتق كما في المبسوط والتذكرة والتحرير ولم يتعرض في الثلثة الى انه يباح له التصرف فيها كما هو ظاهر قوله في الكتاب نعم له التصرف ولعله نظر في ذلك الى ان له التصرف بالمباحات اذا حازها كلحوم الصيود واكل الاعشاب ونحو ذلك من غير توقفه عَلَى اذن السيد واللقطة كاحدها لكنه انما يتم في المباح من اللقطة كما اذا كانت دون الدرهم فانه قد تقدم انها كسائر المباحات الا انه لا يكاد يظهر من العبارة وانما هي مسوقة لما يجب تعريفه وهذا لا يباح التصرف به لان اللقطة مال الغير فلا يحل التصرف فيها الا بعد التملك ولا يحصل الا باذن المولى والمفروض عدمه (وعساك تقول) انه اذا اذن له في التصرف ساغ له ذلك (قلنا) ان كان الاذن في التصرف يقتضي الاذن في التملك والدخول في ملك السيد رجع الامر الى خلاف الفرض بل لا يتجه قوله و يتبع به بعد العتق وان كان لا يقتضيه لانه اعم منه لم يفد اباحة التصرف لانها تكون باقية عَلَى ملك الغير واحتمال تنزيل اطلاق الكتاب عَلَى ان المراد بالتصرف تصرف خاص كنحو ركوب الدابة وتحميلها وشرب اللبن ونحو ذلك فان ذلك يجوز لكل ملتقط عبداً كان او غيره فلا يتوقف عَلَى الاذن جيد جداً لكن فيه ان الظاهر منه خلافه وانه لا بد في مثل ذلك من المقاصة كما تقدم بيانه فيتبع بالزائد بعد العتق (قوله) ﴿ ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية وحكم العبد في الباقي ﴾ من نصفه حر ونصفه رق يصح التقاطه لان القن عندنا يجوز التقاطه فهذا اولى فان لم يكن بينه و بين السيد مهاياة كانت اللقطة بينهما عَلَى النسبة كسائر الاكتسابات وكانا كرجلين وجدا معاً لقطة والاقرب الاكتفاء بتعريف احدهما وان كان بينهما مهاياة فعندنا كما في التذكرة ان اللقطة تدخل في المهاياة وحكمها حكم سائر الاكتسابات وان لم تكن من المعتادة كالصياغة والخياطة فان وقعت في نوبة المولى كانت له وان وقعت في نوبة العبد كانت له ايضاً وايهما وقعت له فانه يعرفها ويتملكها والاعتبار بيوم الالتقاط لانه وقت حصول الكسب لا بوقت التملك فلو وقع الالتقاط في نوبة

ولو نوى احد الملتقطين اختص بملك نصيبه وهل يملكها مجانا و يتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها او بعوض يثبت في ذمته اشكال والفائدة وجوب عزلها من تركته واستحقاق الزكوة بسبب الغرم ووجوب الوصية بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني وتملك العروض كالاثمان ولا يجوز التملك الا بعد التعريف وان بقيت في يده احوالاً ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لو اراده وما يوجد في المفاوز وفي خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والا فلقطة على اشكال وكذا المدفون في ارض لا مالك لها «متن»

العبد مثلاً وكان انقضاء مدة التعريف في نوبة السيد فالمدار على نوبة الالتقاط والحكم لها وان قلنا ان اللقطة نادرة والنادر لا يدخل في المهاياة كان الحكم فيها كما لو لم يكن بينهما مهاياة و يبقى الكلام في اسابيع التعريف وشهوره والنوبة قد تمنع من التعريف وقد لا تمنع (قوله) ﴿ ولو نوى احد الملتقطين اختص بملك نصيبه ﴾ اذا التقطها اثنان معاً دفعة وجب عليهما معاً تعريفها حولاً والاقرب الاكتفاء بتعريف احدهما لانه لا يجب على الملتقط مباشرة التعريف فاذا انقضت مدة التعريف واختارا معاً تملكها ملكاها ولو اختارا حفظها لم يملكها احد منهما وكانت امانة في ايديهما ولو اختار احدهما التملك دون الآخر ملك نصفها دون الآخر وبقي النصف الآخر امانة (قوله) ﴿ وهل يملكها مجاناً و يتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها او بعوض يثبت في ذمته اشكال ﴾ هذه المسألة بعينها هي التي تقدمت في قوله وبنية التملك يحصل الضمان وقد استوفينا فيها الكلام والظاهر ان هذا منه رجوع عن الجزم الى التردد وقال في جامع المقاصد كأن المصنف حاول في الاول بيان ان الملك للملتقط يثبت مستقراً ثم اظهر التردد في ان العوض متى يلزمه اذ لا شبهة في ان المالك له استحقاق في ماله اذا علم (قلت) هذا يخالف صريح كلام المصنف اولاً وثانياً (قوله) ﴿ والفائدة وجوب عزلها من تركته واستحقاق الزكوة بسبب الغرم ووجوب الوصية بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني ﴾ قد تقدم ان تملك اللقطة وتمليكها للمولى عليه ليس استقراضاً ولا جارياً مجراه فهذه الفائدة لا تأتي على مذهب اصحابنا (قوله) ﴿ وتملك العروض كالاثمان ﴾ اجماعاً كما في التذكرة وعليه ينطبق اجماع الغنية وهو قول جمهور العامة ايضاً وعن احمد روايتان هذا اظهرهما عنده والثانية وعليها اكثر اصحابه ان العروض لا تملك بالتعريف واختلفوا فيما يصنع بها وهو غلط قطعاً اذ الاخبار من الطرفين به متضافرة كاخبار الشاة والعصى والشظاظ والسفرة مضافاً الى اطلاقات الاخبار الاخر وفتاوى الاصحاب (قوله) ﴿ ولا يجوز التملك الا بعد التعريف وان بقيت في يده احوالاً ﴾ قد تقدم الكلام في آخر الفصل الثاني (قوله) ﴿ ويكفي تعريف العبد في تملك مولاه لو اراده ﴾ قد تقدم الكلام فيه غير مرة (قوله) ﴿ وما يوجد في المفاوز او في خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والا فلقطة على اشكال وكذا المدفون في ارض لا مالك لها ﴾ اول من تعرض لذلك الصدوق في المقنع وقد اختلفت كلماتهم في هذه الفروع الثلثة (قال) في المقنع وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها وان كانت خراباً فهي لك (وقال) في النهاية اللقطة على ضربين ضرب منها يجوز اخذه ولا يكون على من اخذه ضمانه ولا تعريفه وهو كل ما كان دون الدرهم او يكون ما يجده في موضع خرب قد باد اهله واستنكر رسمه و بذلك عبر في السرائر حرفاً حرفاً ونحو ذلك ما في التحرير وظاهرهم عدم الفرق بين ان يكون عليه اثر الاسلام او لم يكن والى ذلك اشار بقوله في الغنية وكذا ان وجد فيما لا يعرف له مالك من الديار الدارسة ونحوه ما في فقه الراوندي وما يوجد في موضع خرب مدفوناً لا من اثر اهل الزمان ووافقهم على ذلك المحقق في الشرائع والنافع والمصنف في التبصرة والشهيدان في الدروس والمسالك والكاشاني والخراساني

وشيخنا صاحب الرياض وزادوا عليهم ما عدى الشهيد ما يوجد في المفاوز وما يوجد مدفوناً في ارض لا مالك لها مطلقين فيهما ايضاً غير فارقين بين وجود اثر الاسلام وعدمه بل هو صريح بعضهم وقد نسبه في الكفاية الى المشهور وظاهر الرياض او صريحه نسبة ذلك كله الى النهاية والسرائر ولم يزد الشهيد في الدروس الا الثاني ولم يتعرض للمفاوز اصلاً ولعله لان الموجود في النص الخربة كما ستسمع او لان الخربة تشمل المفازة كما مرّ عن الصحاح والقاموس في بيان العمران والمفازة فلعل من الحق بها المفاوز نظر الى ذلك او الى ان العلة انما هي كونها خربة ولا اهل فيها فكانت المفاوز اولى لان الخربة كانت معمورة مسكونة في بعض الازمان القريبة ثم انجلى عنها اهلها والمفاوز قد انجلى عنها اهلها من مدة قرون ماضية كما دلت عليه الاخبار او هي على الدوام بلا اهل فكانت خربة وزيادة كما في مجمع البرهان وغيره ويستفاد من تقييدهم الموجود في الارض التي لا مالك لها بالمدفون عدم اشتراطه في الاولين بل يملك ما يوجد فيهما مطلقاً عملاً باطلاق النص فتأمل جيداً (وفصّل) في المبسوط فيما حكي عنه فقال ان كان مدفوناً عليه سكة الاسلام فلقطة والا اخرج خمسه والباقي له (واستحسنه) في المختلف وحكاه عن المبسوط في الايضاح فيما يوجد في الخربة وقواه وحكي التقييد المذكور في التنقيح عن المبسوط في المفازة والخربة والمدفون في الارض التي لا مالك لها بمعنى ان لقطة هذه الثلاثة تملك من غير تعريف اذا لم يكن عليها اثر الاسلام والا وجب التعريف وهذا خيرة التذكرة وشرح الارشاد لفخر الاسلام والمقتصر واللمعة وجامع المقاصد وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي جامع المقاصد والروضة انه اشهر لكن الموجود في المبسوط بعد ملاحظته في الباب مراراً متعددة وان وجده في طريق موات وكان ضرب الجاهلية فان كان على وجه الارض يكون لقطة وان كان مدفوناً في ارض ميتة فلا يخلو من ثلاثة اقسام (احدها) ان يكون ضرب الاسلام (والثاني) ان يكون ضرب الجاهلية (والثالث) ما لا يعرف هل هو من ضرب الاسلام او من ضرب الجاهلية فانه يحكم له بحكم الركاز يخمسه لاهله والباقي لواجده والظاهر ان هناك سقطاً وقال في الارشاد المدفون في الارض التي لا مالك لها او المفاوز او الخربة فهو لواجده فقصر الحكم في الثلاثة على المدفون من غير تقييد واقتصر في التحرير في موضع آخر على الاول قال من وجد مالاً مدفوناً في ارض لا مالك لها فهو له ويخرج خمسه ان بلغ النصاب ونحوه ما في المراسم والوسيلة وفقه الراوندي وقد سمعت كلامه في الوسيلة ولا ترجيح في الروضة كما ان المصنف هنا استشكل فكان الاصحاب في المقام على انحاء متعددة (وليعلم) ان المستفاد من اخبار الباب وكلام الاصحاب ان هذا الحكم انما هو فيما ليس له مالك موجود يرجى الوصول اليه ولا كذلك غيره من اللقطة فان له مالكاً بالفعل موجوداً غير مأيوس منه لكنه غير معين وهنا لا مالك لها لا معيناً ولا غير معين وان كان فمأيوس من معرفته (اما) استفادة ذلك من الاخبار فاخبار الباب هي (صحيحة) محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الدار يوجد فيها الورق فقال ان كانت معمورة فيها اهلها فهو لهم وان كانت خربة قد جلى اهلها فالذي وجد المال احق به (وصحيحته) الاخرى ايضاً عن احدهما عليهما السلام قال وسألته عن الورق يوجد في دار فقال ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها وان كانت خربة فانت احق (والموثق) قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقاً في خربة ان يعرفها فان وجد من يعرفها والا تمتع بها (والمرسل) في الفقيه وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها وان كانت خراباً فهي لمن وجدها (وموثقه) اسحق بن عمار قال سألت ابا ابراهيم عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه حتى قدم الكوفة كيف يصنع قال فليسأل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فان لم يعرفوها قال يتصدق بها ولا ريب ان المراد بالخربة ما جلى عنها اهلها واستنكر رسمها ولم يعلم لها مالك والا فلو علم ان لها مالكاً وجب ان يعرّف وهذا الورق الذي يوجد في هذا المكان ليس له مالك بالفعل كالذي يجده الناس في الكوفة والمدائن وما خرب من سر من رأى فالظاهر انه المال الذي هلك صاحبه وباد او انجلى عن جميع تلك البلاد ولهذا اشترطوا جميعاً كونه في خربة ويرشد الى ذلك قول ابي العباس في

المهذب والمقدس الاردبيلي ان المأخوذ من المفاوز يؤخذ فيه اليأس من المالك بل في مجمع البرهان ان هذا الشرط من المعلوم و يشهد على ذلك ان الاصحاب فهموا منها ذلك لانهم الحقوا بها الفلاة والبرية والمفازة لانها خربة وزيادة كما مر والحقوا بها المدفون تحت الارض التي لا مالك لها سواء كانت في العمران او الفلاة لاشتراك الجميع في عدم المالك بالفعل او الياس منه ولولا انهم فهموا منها ذلك لما صح الالحاق لبعد ما بين الخربة والفلاة وجعلوا ما يوجد على وجه الارض التي لا مالك لها في العمران لقطة لان مثل ذلك له مالك بالفعل لكنه غير معين فاشترطوا في هذا الدفن دون الاولين وقد وصفت الخربة في النهاية والسرائر والتحرير بكونها قد باد اهلها واستنكر رسمها ونحو ذلك الصحيح وقد سمعت ما في الغنية وفقه الراوندي وليس هو الا لان ما يوجد فيها حيث تكون كذلك لا مالك له بالفعل او مأيوس من الوصول اليه ولذلك اشترط في المبسوط وما وافقه في كونه لواجده ان لا يكون عليه اثر الاسلام وقالوا لو كان عليه اثر الاسلام كان لقطة ووجهه انه حيث يكون عليه اثر الاسلام يكون له مالك بالفعل لكنه غير معين فيجب تعريفه واما اذا لم يكن عليه اثر الاسلام فانه يعرف انه لا مالك له بالفعل كما هو الغالب المشاهد في الاخير بل لعل اثر الاسلام في كلامهم كناية عن وجود مالك بالفعل وعدم اثره عبارة عن عدمه او اليأس منه فلو وجد سيفاً او ثوباً او قباء ونحو ذلك في الخربة او الفلاة وجب تعريفه لكن هذا انما يلائم ما حكوه عن المبسوط مختارين له من دون ذكر توجيهه (واما) من وجهه بان سبق اثر الاسلام يدل على سبق ملك المسلم فتوجيهه على ما فهمناه ان سبق يد المسلم يقضي بان له مالكاً بالفعل غير معين ويرشد الى ذلك انه اجاب في التذكرة عن الموثقة بحملها على ما اذا كان على الورق اثر الاسلام او على ان المالك معروف ومراده ان لها مالكاً معروفاً لكنه غير معين ولا يمكن ان يريد المعروف المعين لانها حينئذ لا تحتاج الى التعريف مع انه عليه السلام قضى انه يعرفها كما هو واضح ظاهر والغرض الآن بيان المراد من كلام الاصحاب سواء كان هذا التفصيل صحيحاً او لا ويرشد الى ذلك ايضاً قولهم لو التقطه في الصحراء عرفه في اي بلد شاء كما تقدم الكلام فيه مستوفى وقد قلنا هناك ان مرادهم انه التقط فيها ما يعلم او يظن ان له مالكاً بالفعل لكنه غير معين والا لاشكل الجمع بل لا يمكن الجمع اذ الصحراء والفلاة والمفازة والبريه والقفر هنا بمعنى كما تقدم بيانه بل قد عبر في النافع وكذا التنقيح بالفلاة هنا بدل المفاوز ويرشد الى ذلك ايضاً ان الشيخ في المبسوط على ما وجدناه فيه وصاحب الوسيلة والراوندي والمصنف في الارشاد والتحرير قصروا الحكم على المدفون لانه ابعد عن احتمال شبهة وجود المالك بالفعل بل قد صرح في المبسوط بان ما كان على وجه الارض الموات مضروباً بسكة الجاهلية لقطة كما سمعت (وليعلم) ان احداً من الاصحاب لم يقصر الحكم على الدار ولا على الورق كما في الاخبار بل فهموا العمومات (العموم خ ل) وعدم الفرق وفي مجمع البرهان كأن عدم الفرق بالاجماع هذا تمام كلام الاصحاب في المقام و يأتي الكلام في الادلة (واما) كلامهم في باب الخمس فظاهر الدروس الاجماع على ان المدفون في دار الاسلام في ارض موات لامالك لها لقطة لو كان عليه اثر الاسلام حيث اقتصر على نسبة الخلاف الى الخلاف وفي المدارك والكفاية والمفاتيح نسبته الى اكثر المتأخرين و به صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والكتاب والايضاح والمسالك والروضة مستندين في ذلك الى الموثقة والى انه مال ضائع عليه اثر ملك انسان ووجد في دار الاسلام فيكون لقطة كغيره والى ان اثر الاسلام يدل على سبق يد المسلم والاصل بقاء ملكه وهذا الاخير هو عمدة ادلتهم ولا يخفى عليك اختلاف كلام المحقق والمصنف والشهيدين في البابين (ويجاب) عما احتجوا به بان الرواية غير دالة على هذا التفصيل والجمع بينها و بين الصحيحين غير منحصر في هذا التفصيل الذي لا شاهد عليه بل ولو ضممنا الى اثر الاسلام كونه في بلاد الاسلام لانه ممكن بما حكينا عن التذكرة من ثاني الوجهين اويحمل الصحيحين على الاستحقاق بعد التعريف هذا كله بعد فرض التكافؤ على انه قد قيل انها اي الموثقة قضية في عين وليس كذلك لعدم وجود معيارها فيها لا كما في الرياض وما اعترض به على الجمع فيه اي الرياض

باستلزام حمل الصحيحين على الفرد النادر اذ الغالب في بلاد الاسلام التي هي موردهما اي الصحيحين كون الدراهم والدنانير مسكوكة بسكة الاسلام فمدفوع بان الغالب فيما يوجد في الثلاثة عدم كونه مسكوكاً بها كما هو مشاهد فيما يلتقطه الناس من الكوفة والشامات بل في زمن ورودهما كاد ينحصر ما يوجد في الخرابات في غير مضروب الاسلام كما هو واضح (ويجاب عن الثاني) بان المتبادر من اللقطة المال الضائع على غير هذا الوجه واطلاقها على المال المكنوز اول ممنوع على انه يلزم من ذلك عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره (وعن الثالث) بان وجود اثر الاسلام لا يقتضي جريان ملك المسلم عليه اذ يمكن صدور الاثر من غير المسلم ليعامل به المسلمين او نحو ذلك كما اعترفوا في الموجود في دار الحرب فانهم قالوا انه لواجده وان كان عليه اثر الاسلام ولا نعلم احداً يشترط في اللقطة ان تكون ملكاً لمسلم بل هي المال الضائع لمسلم او ذمي او معاهد ثم انه ليس كل مال علم انه لمسلم يكون لقطة هذا المال المجهول المالك لا يعرف بل يتصدق به عند اليأس من صاحبه فتأمل (ثم انه) من المعلوم بحسب العادة والقرائن انا اذا وجدناه في خربة مثل الكوفة نحكم بانه مما خرج عن ملك اول من وصل اليه فتأمل وايضاً لا ينحصر كونه لمسلم في كونه مسكوكاً بسكة الاسلام الان نقول ان ذلك على طريق المثال فينبغي ان يكون مطمح نظرهم الى ما ذكرناه من ان المدار في اللقطة على مال له مالك بالفعل لكنه غير معين وغير مأيوس من معرفته والمدار فيما نحن فيه على اليأس من ذلك واوضح طرق اليأس كونه غير مسكوك بسكة الاسلام لكونه مطرداً لا يتخلف في المسكوك بسكة عادية ونحوها من ضروب الجاهلية والا فأدلتهم كما رأيت مع ذهاب معظمهم الى ذلك وقد سمعت ما في الدروس من ظهور دعوى الاجماع او الايذان به ويمكن ان يستدل لهم باطلاق الصحيح الناشئ من ترك الاستفصال عن الرجل يصيب درهماً او ثوباً او دابة كيف يصنع قال يعرفها سنة فان لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه وان مات اوصى بها وهو لها ضامن اذ لا تفصيل فيه بين كون الدرهم في الفلاة او العمران (فان قلت) ولا تفصيل فيه بين كونه عليه اثر الاسلام اولا (قلت) اصحاب القول الآخر على ما فهم جماعة من مشائخنا المعاصرين يقولون انه لواجده من دون تعريف سواء كان عليه اثر الاسلام او لم يكن درهماً كان او ثوباً فكان باطلاقه حجة عليهم في اطلاقهم والمخالف في باب الخمس الشيخ في الخلاف وابن ادريس في السرائر وابن زهرة في الغنية حيث لم يفصلوا وقد يظهر ذلك من النهاية والوسيلة لكنه قال في الغنية فيما اذا كان المدفون في ملك مسلم او ذمي ولم يعرفه انه يكون لقطة اذا كان عليه سكة الاسلام (وكيف كان) فقد استدل للشيخ في النهاية وابن ادريس والمحقق ومن وافقهم في المقام وللشيخ في الخلاف ومن وافقه في باب الخمس بالصحيحين وورودهما في الورق والدار لا يقضي بالاختصاص حتى تكونا اخص من المدعى لعدم القائل بالفصل وقد سمعت ما في مجمع البرهان (ثم) ان ذلك يستلزم ثبوت الحكم في المفازة والمدفون تحت الارض بالاولوية كما سمعته وقد عرفت الحال في ادلة المبسوط وما وافقه في البابين والاجماع الظاهر من الدروس لم تحققه وظهور الاجماع ليس باجماع فيحصل من ذلك على ما فهمه بعض من عاصرناه ان كل ما يوجد في المفاوز والخربان او كان مدفوناً في ارض غير مملوكة من درهم ودينار وسيف وكتاب وثوب ونحو ذلك فهو لواجده من دون تعريف كما هو الشأن فيما يوجد في جوف الدابة من دراهم او دنانير او جوهرة او غير ذلك كما هو نص الصحيح الوارد فيه وعليه فيه المعظم ولا فرق بين بطن الدابة والارض مع ان الوارد فيما نحن فيه صحيحان مع حكاية الشهرة في الكفاية مضافاً الى انه لا يصدق على المدفون في بطن الارض انه لقطة فلا معنى لتعريفه وان وجد عليه اثر الاسلام (وفيه اولاً) انك قد عرفت ما هو المستفاد من اخبار الباب وكلمات الاصحاب المطلقين والمفصلين (وثانياً) انك عرفت ايضاً انه معارض بقولهم ولو التقطه في الصحراء عرفه في اي بلد شاء من دون نقل خلاف وبقولهم ان مالا بقاء له مما يلتقط في الطريق انه يتخير بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتملك والتعريف حولاً وقد تقدم ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه وبقولهم

ولو كان لها مالك فهو له ولو انتقلت عنه بالبيع اليه عرفه فان عرفه فهو احق به والا فهو لواجده «متن»

فيما تقل قيمته وتكثر منفعته انه اذا بلغ الدرهم انه يعرف كالاداوة والقربة والنعلين ولا يمكن الجمع الا بما فهمناه او بالفرق بين المفازة والصحراء والبرية والفلاة وقد عرفت انه مما لا يصغى اليه (وثالثاً) انه كما يستفاد من اخبار اللقطة انها المال الضائع كذلك يستفاد منها انها المال الذي له مالك بالفعل موجود ولكنه غير معين فمتى وجد هذا وجب التعريف الا ان يحصل اليأس كما قدمنا والفارق بين بطن الدابة وبطن الارض هو النص الصحيح الصريح السالم عن كل ما ورد على الصحيحين فيما نحن فيه على ان جماعة مخالفون فيما في جوف الدابة كما ستعرف على ان المناسب التنظير لما نحن فيه بالدابة الغير المملوكة كالذي يوجد في بطن السبع والغزال وهم يقولون بتعريفه اذا كان عليه اثر الاسلام وشهرة الكفاية هنا معارضة بشهرتها في باب الخمس مع زيادة المدارك والمفاتيح وبما تؤذن به عبارة الدروس من دعوى الاجماع وهذا منا من باب التنزل والتسليم والمماشاة لبعض مشائخنا المعاصرين كما عرفت والا فقد عرفت ان المطلقين انما يريدون به ما قدمناه من انه المال الذي لا مالك له بالفعل يرجى وصوله اليه والمدار عندهم على العلم او الظن بذلك الجاري في العرف مجراه سواء كان عليه اثر الاسلام اولا والمفصلون يقولون انا لا نعلم ذلك اولا نظنه الا بعدم وجود اثر الاسلام كما ان الشرط في ذلك ان يكون في خربة او مفازة او مدفوناً لكن الظاهر ان ذكر الخربة والمفازة والدفن في الاخبار وكلام الاصحاب وذكر عدم اثر الاسلام في كلام من عرفت انما هو لبيان ما يتحقق به اليأس من المالك وعدم الظفر به فلو حصل اليأس بغير ذلك كان الحكم كذلك كما اذا وجده في جوف بحر او نهر عظيم كما صرح به في المراسم وكما اذا قطع صاحب الفندق بان هذا المال للزوار الذين لا يعرفهم ولا يعرف بلادهم وقطع بانهم لا يرجى عودهم نعم ان حصل اليأس من عدم التعريف لعذر او لغير عذر كان بقيت عنده احوالاً من دون تعريف حتى حصل له القطع باليأس من المالك كان بالخيار بين ان يتصدق بها كالمال المجهول وان شاء عرفها وتملكها وان كان التعريف لا يجدي ليأسه من المالك كما انه لو عرفها كان له ان يتملكها وان لم ييأس من المالك عملاً في الامرين باطلاق النصوص والفتاوى كما تقدم ولا كذلك المال المجهول المالك فانه ان يئس من مالكه تصدق به في الحال وان لم ييأس منه لا يجوز له التصدق به وان بقي مائة عام ولا يجوز له تملكه في حال وقد عرفت جميع موضوعاته في باب الوديعة بما لا مزيد عليه وحاصله انه المال الغير الضائع الذي وصل اليك من مالكه بلا واسطة او بواسطة (قوله) ﴿ وان كان لها مالك فهو له ﴾ قضاء لليد لانه قد يكون هو الذي دفنه قال في الخلاف اذا وجد ركازاً في دار ملك لمسلم او ذمي في دار الاسلام لا يتعرض له اجماعاً ولعل معناه انا ليس علينا ان نسأله عن ذلك ولا عن السبب الذي ملكها به اهو الاحياء حتى يكون كالموجود في المباح او الابتياع حتى توجب عليه تعريف البائع ان لم يكن دخل الكنز في المبيع بل يجب على الواجد ان كان مستعيراً او مستأجراً او نحو ذلك ان يعرفه فان عرفه فهو له والا يعرفه فهو للواجد كما نص عليه في الوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والتبصرة واللمعة والتنقيح والمسالك والروضة وخمس الكتاب والتذكرة وقد سمعت ما في المقنع وقال في خمس التحرير ان وجده في ارض مملوكة لمسلم او معاهد فهو لصاحبها ان اعترف به والا فلاول مالك وان لم يعرفه ففي تملك الواجد اشكال وفي الغنية ان وجد مدفوناً في ملك مسلم او ذمي وجب تعريفه فان عرفه اخذه وان لم يعرفه وكان عليه سكة الاسلام فهو بمنزلة اللقطة وان لم يكن كذلك كان بعد اخراج الخمس لمن وجده بدليل الاجماع والكلام انما هو في المدفون وستسمع ما في النافع وتمام الكلام في المسألة الآتية (قوله) ﴿ ولو انتقلت عنه بالبيع عرفه البائع فان عرفه فهو احق به والا فهو لواجده ﴾ كما صرح بذلك كله في المقنعة والنهاية والمراسم والشرائع والنافع والتحرير في الباب وفي الرياض انه لا يجد

وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك اشكال « متن »

فيه خلافاً وفي الكفاية ما يوجد مدفوناً في ارض كان لها مالك او بائع فالمشهور انه يعرف المالك او البائع فان عرفه فهو له والا فهو لواجده وكلام المصنف والجماعة انما هو في المدفون وقال في الروضة لو وجده في المملوكة غير مدفون كان لقطة الا انه يجب تقديم تعريف المالك فان ادّعاه فهو له والا عرفه لكن في النافع والرياض لو وجده في ارض لها مالك او بائع ولو كان ما وجد فيها مدفوناً عرّفه المالك او البائع فان عرفه والا فهو لواجده فعمما الحكم لغير المدفون بل جعلا الحكم فيه اجلى بل نفى عنه الخلاف في الرياض وهو يخالف قواعد اللقطة (وقضية) كلام المحقق في خمس الشرائع والمصنف في خمس الارشاد وكذا الكتاب في المقام ان ذلك اذا لم يكن عليه اثر الاسلام وان كان عليه اثره فلقطة كما هو صريح المبسوط والتذكرة في البابين والتحرير والكتاب في الخمس والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وقد سمعت ما في الغنية وفي التنقيح انه ان كان عليه اثر الاسلام فلقطة اجماعاً وان لم يكن فللشيخ فيه قولان احدهما انه لقطة والثاني انه لواجده وعليه الفتوى ومع ذلك قال في الكفاية ان الاكثر عَلَى عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره (واطلاق) كلامهم يقضي بعدم الفرق بين القليل والكثير و به صرح في المسالك ولعله للاصل واختصاص ما دل عَلَى تملك القليل من دون تعريف باللقطة وهذا ليس منها لكنه انما يتم عَلَى القول بعدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره واما عَلَى القول بالفرق فان ما عليه اثر الاسلام لقطة وفي معنى البائع من انتقل عنه بغير البيع من اسباب التمليك كما نص عليه جماعة وظاهر اطلاق جماعة وصريح آخرين كالمصنف والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم انه ان عرفه المالك او البائع يدفع اليه من غير بينة ولا يمين ولا وصف وقد استدل المحقق الثاني والشهيد الثاني وغيرهما عَلَى انه يدفع الى المالك او البائع اذا عرفه بالصحيحين وقال في المسالك ايضاً ان اطلاق الحكم اي من المحقق بكونه لواجده مع عدم اعتراف المالك او البائع به الشامل لما عليه اثر الاسلام وعدمه تبع لاطلاق النص (وقد يقال) ليس في الصحيحين دلالة عَلَى شيء من الحكمين لان في احدهما ان كانت اي الدار معمورة فيها اهلها وهو المراد بالمعمورة في الآخر (ويجاب) بان المراد بالمعمورة التي فيها اهلها في الخبرين التي ما هلك اهلها وبادوا ولا انجلوا عنها وبعدوا كما يدلّ عليه مقابلتها بالخربة نعم لا دلالة فيهما عَلَى الحكم الثاني اعني كونه لواجده مع عدم اعتراف المالك او البائع ولعله لذلك استشكل في التحرير مع قوله عليه السلام في موثقة اسحق التي قد سمعتها يتصدق بها وان حمل عَلَى الاستحباب ولا يصح ان تراد بالنص في قوله لاطلاق النص (ويمكن) الاستدلال عليه بالصحيح الوارد فيما يوجد في جوف الجزور والبقرة فانه حكم فيه بانه يعرفه البائع فان لم يعرفه فالشيء له فيكون من باب تنقيح المناط لعدم الفرق بين الارض والدابة فتأمل (ويستدل) بها ايضاً عَلَى تعريف البائع او المالك اذ الصحيحان خاليان عنه وتعريف المالك غير الدفع اليه وبه يفرق بينه وبين ما سبق عَلَى تأمل فيه وبموثقة اسحق التي اشرنا اليها فانه عليه السلام امره بانه يسأل اهل المنزل ويمكن الاستدلال عَلَى الجميع باجماع الغنية المعتضد بالشهرة بل الاجماع معلوم عَلَى تعريف المالك وانه ان عرفه كان له وان لم يعرفه فهو للواجد ان (وان خ ل) لم يكن عليه اثر الاسلام (ومنه) يعلم الحال في مناقشة صاحب المدارك في وجوب تعريفه لذي اليد اذا احتمل عدم جريان يده عليه لاصل البراءة واصل عدم التقدم مع ان الاصل الثاني معارض بمثله والحال في اجماع التنقيح عَلَى انه لقطة اذا كان عليه اثر الاسلام ما عرفت من حصول اليأس وعدمه ولذلك اشترط عدمه هنا من اشترط (قوله) ❋ وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك اشكال ❋ قال في الايضاح ينشأ من وجود المقتضي وعدم النص فانه جاء بتعريف البائع له (قلت) لا نص في المقام كما تقدم وانما هو في الدابة ولعله نقح المناط ومراده بالمقتضي انه كان في يده ولم يعلم الانتقال عنه (والاولى) ان يجعل منشأ الوجه قولهم انه للواجد ان لم يعرفه المالك او البائع

وكذا التفصيل لو وجده في جوف دابة اما لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده «متن»

كما عرفت ووجوب التتبع خيرة التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية بعض ذكره في الباب وبعض في الخمس قالوا فيجب عليه تعريف كل من جرت يده على المبيع مقدماً الاقرب فالاقرب ولعل المراد بالبائع في كلام من اطلق الجنس ليشمل القريب والبعيد وهل يجب (يجري خ ل) ذلك في المستأجر والمستعير احتمالان (قوله) ﴿ وكذا التفصيل لو وجده في جوف دابة ﴾ يعني انه يعرّفه البائع فان عرفه فهو احق به والا فالواجد كما هو المحكي عن علي بن بابويه والقاضي وهو خيرة المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والتنقيح والمفاتيح وكذا المسالك بعض ذكره في الباب وبعض في باب الخمس ونسب في التذكرة الى علمائنا انه يجب عليه تعريف البائع فان عرفه والا فهو للواجد وفي المهذب البارع والمقتصر يجب على المشتري تعريف البائع اجماعا وفي الروضة ان ظاهر الفتوى والنص عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره وفي المدارك اطلق الاصحاب من غير فرق بين ماعليه اثر الاسلام وغيره بل الظاهر كون الدراهم في ذلك الوقت مسكوكة بسكة الاسلام وفي جامع المقاصد ينبغي ان يقال مع وجود اثر الاسلام يكون لقطة لكن الصحيحة على خلافه وهذا التقييد قد يظهر من خمس الشرائع وهو خيرة المختلف والمسالك في الخمس والروضة في البابين بل نفى البعد في المختلف في آخر كلامه عن القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن الدابة مطلقاً سواء كان عليه اثر الاسلام ام لا وهو الذي استقر عليه رأيه في جامع المقاصد ذكره في مسألة السمكة وقال انه هو الذي يقتضيه النظر ولعله لا وجه لذلك كله بعد تطابق الفتاوى والنص الصحيح على الاطلاق (ففي) صحيحة عبدالله بن جعفر قال كتبت الى الرجل اسأله عن رجل اشترى جزوراً او بقرة للاضاحي فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم او دنانير او جوهرا لمن يكون ذلك قال فوقع عليه السلام عرفها البائع فان لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه و يستفاد منها ايضاً انه لا يجب تتبع من جرت يده على الدابة من الملاك وهو كذلك اذ من الجائز عدم جريان ذي الملك المتقدم على هذا الموجود بل لو علم تأخر ابتلاع الدابة لما وجد في جوفها عن البيع لم يبعد سقوط تعريف البائع وفي جامع المقاصد انه يعرفه البائع فان عرفه فهو له والا فمن قبله والوجه في وجوب تعريف البائع سبق يده وظهور كونه من ماله دخل في علفها لبعد وجوده في الصحراء واعتلافه والمراد بالدابة في كلامهم الاهلية المملوكة بالاصل ففارقت السمكة قال في المختلف ولما كانت الاحكام الشرعية غالباً منوطة بالغالب دون النادر وكان الغالب فيما تبتلعه الدابة انه من دار البائع وفيما تبتلعه السمكة من البحر اوجب الشارع التعريف للاول دون الثاني حتى انا لو عرفنا تضاد الحال في البابين حكمنا بضد الحكمين وهي اعم من ان تكون فرساً او غيرها وان كانت في عرفهم تنصرف الى الفرس لان ذلك قضية كلامهم ودليلهم وقد سهى القلم في جامع المقاصد فأثبت علي بن جعفر مكان عبدالله بن جعفر الحميري وتبعه على ذلك الشهيد الثاني في الروضة وموضعين من المسالك (ومن الغريب) ما في المهذب البارع فانه ذكر بعد ما نقلناه عنه آنفاً تذنيباً سماه تحصيلاً قال اذا وجد شيئاً في جوف دابة فان كان عليه اثر الاسلام فهو لقطة قاله الشيخ في المبسوط وهو مذهب الاكثر وفي النهاية اطلق القول بتملك المشتري له مع عدم معرفة البائع وتبعه ابن ادريس وان لم يكن عليه اثر الاسلام وعرفه البائع فهو احق به وان لم يعرفه ملكه الواجد وعليه الاصحاب انتهى وانت قد عرفت كلام الاصحاب جميعاً (قوله) ﴿ اما لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده ﴾ كذا أطلق الاصحاب كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا الكفاية وستسمع ما في المهذب البارع والمقتصر والتنقيح و به صرح في المقنعة والنهاية والوسيلة والشرائع في موضعين منها وكشف الرموز والكتاب والارشاد في الخمس والتحرير في موضع منه والايضاح واللمعة وهو المحكي عن

القاضي وقال في الرياض عليه المتأخرون قاطبة وستسمع كلام باقي المتأخرين وفي التنقيح ان الفتوى على ما ذكره الشيخان بتفصيل تسمعه وقال في المراسم ان ما يوجد في بطون ما يذبح للاكل والسموك ان انتقل اليه بميراث او من بحر وماء اخرج خمسه والباقي ملكه فان انتقل اليه بالشراء عرف ذلك البائع فان عرفه رده اليه والا اخرج خمسه والباقي له وقال في السرائر لا فرق بين الحيوان المذبوح والسمكة اذا وجد في جوفها شيئاً في انه يجب تعريفه للبائع قل عن الدرهم او كثر فان عرفه والا اخرج خمسه وكان له الباقي لان البائع باع هذه الاشياء ولم يبع ما وجده المشتري فلذلك وجب تعريف البائع والذي حققه في المختلف ان الموجود اما ان يكون عليه اثر الاسلام او لا فان كان وجب تعريفه من البائع وغيره لسبق ملك المسلم عليه ويكون حكمه حكم اللقطة لانه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولاً اذ الحيوان هنا كالآلة وان لم يكن عليه اثره فليس ببعيد من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن السمكة مما ليس اصله البحر اما اذا كان اصله البحر فلا وقد اختاره في كتابيه ابو العباس ونفى عنه في التذكرة الباس لكن قال ما كان اصله البحر للصياد وقضيته ان المشتري يعرفه البائع وقال في المهذب ان المستند اجماع علمائنا واطلاق سلار يحمل على التفصيل ولا عبرة بندور ابن ادريس وقال في موضع آخر من التحرير لو اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي له فان باعها الصياد ولم يعلم فيه قولان (احدهما) انه يعرفها البائع فان طلبها كان له اخذها وهو الوجه عندي (والثاني) للمشتري وكذا لو وجد في جوفها عنبرة او شيئاً مما يخلق في البحر ولو وجد دراهم او دنانير فالوجه انها لقطة فان وجدها الصياد لزمه التعريف وان وجدها المشتري فعليه التعريف ثم قال واطلق علمائنا القول في ذلك فاوجبوا تعريف البائع فان عرفها فهي له والا اخرج خمسه وحل له الباقي انتهى وقد عرفت ما اطلقه علمائنا وفصل في التنقيح بان ما عليه اثر الاسلام في بطن السمكة يجب تعريفه وما ليس عليه اثره فان اشترطنا في تملك المباحات النية فهو للواجد وان لم نشترط نظرنا في الغالب من حال الحيوان والغالب ان الدابة تبتلع من دار البائع والسمكة من البحر وقد ينعكس لكنه نادر ثم قال فالفتوى اذن على ما ذكره الشيخان وقال في جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر ان ما في جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة وليس عليه اثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الاصحاب وباعداه لقطة وهذا خيرة الروضة وخمس المسالك وظاهر النافع ولقطة المسالك التردد ولا ريب ان اطلاق الحكم في السمكة مبني على الاصل والغالب فيها من كونها مباحة بالاصل مملوكة بالاصطياد فيندفع اعتراض جامع المقاصد عن العبارة فلو كانت مملوكة كالموجودة في ماء محصور مملوك فحكمها حكم الدابة كما ان الدابة لو كانت مباحة الاصل فحكمها حكم السمكة فاطلاق الحكم فيهما مبني على الغالب مضافاً الى قرينة مستند الحكم فيهما وقد سمعت ما في المختلف ولما كان ملك المباحات متوقفاً على الحيازة والنية المتوقفة على العلم بالمتملك لم يتوجه ملك الصياد لما في بطنها من المال لعدم شعوره به فكان لواجده (وبدل) على توقف ملك المباحات على النية ما استفاض من النصوص المروية فيما حكي في قصص الانبياء والامالي وتفسير مولانا العسكري عليه السلام والكافي حيث تضمنت تقرير هم عليهم السلام لجماعة كثيرين في تصرفهم فيما وجد في جوفها بعد الشراء من دون تعريف مع اشتمالها على المعجز واسانيدها تجبرها الشهرة ويعضدها الاجماع الظاهر من المختلف وكذا التذكرة قال في المختلف ان اصحابنا لما لم يفتوا بالتملك للبائع مع عدم معرفة ما في جوفها دل على بطلان القول بعدم اشتراط النية في تملك المباحات وعلى اشتراطها في تملكها وهذه هي الدقيقة التي اشار اليها المصنف بقوله وتحته دقيقة واحتمل في جامع المقاصد ان ذلك لا يعد حيازة لان حيازة الشيء اخذه وحفظه والاختصاص به ولا يكون ذلك الامع العلم (وفيه) ان اشتراط العلم غير واضح لان مرجع الحيازة الى الاستيلاء ووضع اليد فاعتبار امر آخر لا دليل عليه والمسألة موضع تردد للمصنف في كتاب الشركة من الكتاب والتحرير وللمحقق في كتاب شركة الشرائع واختلف كلام المبسوط ففي مواضع حكم بالتوقف على النية وعكس في مواضع كما يأتي بيانه في كتاب الشركة وخيرة شركة الايضاح والمسالك التوقف على النية وهناك قول ثالث وهو الاكتفاء بالحيازة مع عدم

وتحته دقيقة ولو وجد في صندوقه او داره مالا ولا يعرفه فهو له ان لم يشاركه في الدخول غيره والا فلقطة ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن عَلَى المالك فان لم يعرف بعد الحول ردها عَلَى الملتقط لان له التملك والصدقة « متن »

نية عدم التملك وهو خيرة شركة جامع المقاصد (وكيف كان) فالقول بالتوقف هو الصحيح لما سمعت مضافاً الى ان الاصل عدم الملك في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازة والنية معاً وبقي الباقي وتمام الكلام في باب الشركة فانا ذكرنا هناك ادلتهم جميعاً و بينا الحال فيها وفيما ذكرهنا بلاغ واما حديث اثر الاسلام وعدمه فقد عرفت ان المدار فيه عَلَى اليأس من المالك وعدمه (قوله) ﴿ وتحته دقيقة ﴾ وهي ان تملك المباحات يحتاج الى نية والا لكانت للصياد كما تقدم (قوله) ﴿ ولو وجد في صندوقه او داره مالاً ولا يعرفه فهو له ان لم يشاركه في الدخول غيره والا فلقطة ﴾ كما في النهاية والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وقد نسبه في جامع المقاصد الى اطلاق الاصحاب وفي الرياض انه لم يظهر له في الحكمين خلاف وفي جامع المقاصد ينبغي ان يقيد بما اذا كان المشارك غير محصور فان كان محصوراً وجب تعريف المشارك خاصة لكن يشكل كونه ملكاً له اذا لم يعرفوه مع كونه لا يعرفه ولذلك اطلق الاصحاب (قلت) النص ورد في المشارك الكثير منطوقاً ولا يدل مفهومه في الشق الثاني الا عَلَى انه ليس له اذا ادخل احد غيره يده وهو كذلك وذلك لا يدل عَلَى انه لقطة واطلاق الاصحاب لا بد من تقييده في الشق الثاني (ويشكل) كونه لقطة من وجوه فيما اذا كان المشارك واحداً لاغير والنص صحيح جميل بن صالح قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل وجد في بيته ديناراً قال يدخل منزله غيره قلت نعم كثير قال هذه لقطة قلت فرجل وجد في صندوقه ديناراً قال يدخل احد يده في صندوقه غيره او يضع فيه شيئاً قلت لا قال فهو له وقد احتمل وجوب تعريف المشارك المحصور خاصة الشهيد الثاني والكاشاني ونفى عنه البعد الخراساني واستحسنه شيخنا صاحب الرياض لانه بعدم اعتراف المشارك يصير كأنه لا مشارك له فيه ويمكن تنزيل اطلاق النص والفتوى عليه اذا كان هو المالك دون المشارك وكان نافياً له عنه عَلَى ان النص تضمن الكثير كما عرفت بل قد استظهر المقدس الاردبيلي ان التعريف للمشتركين ومن يحتمل كونه لهم لَى وجه الاعلام لا تعريف اللقطة وقد عبر في النهاية والكفاية بان حكمه حكم اللقطة فتأمل وقد اتفقت كلمتهم عَلَى التعبير بالدار والصندوق والموجود في الخبر البيت وكأنهم اشاروا بذلك الى عدم الاختصاص وان الحكم جار في كل مشترك محتمل ومختص غير محتمل الا له وقد دل الخبر عَلَى حكم الدار المختص بالمفهوم وعَلَى المشترك بالمنطوق وفي الصندوق بالعكس وفي المسالك والكفاية ان ذلك اي كونه للواجد اذا لم يقطع بانتفائه عنه والا كان لقطة ونفي عنه البأس في المفاتيح وفي الروضة ينبغي ان يكون لقطة وفي مجمع البرهان انه يتبع قطعه (قلت) النص والفتوى مطلقان مع عدم صدق اللقطة عَلَى مثله عَلَى الظاهر فالانطلاق مع الاطلاق اشبه باصول الباب مع ان الاصل البرائة من وجوب التعريف ولا ينافيه القطع لانه قد يعرض له النسيان حتى يقطع بانتفائه عنه وقد يكون مما بعثه الله سبحانه وتعالى له فتأمل وفي الروضة انه لا فرق في وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم وما زاد لاشتراكهم في اليد بسبب التصرف قال ولا يفتقر مدعيه منهم الى البينة ولا الوصف لانه مال لا يدعيه احد ولو جهلوه جميعاً فلم يعترفوا به ولم ينفوه فان كان الاشتراك في التصرف خاصة فهو للمالك منهم وان لم يكن فيهم مالك فهو للمالك وان كان الاشتراك في الملك والتصرف منهم فيه سواء (قوله) ﴿ ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن عَلَى المالك فان لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط لان له التملك والصدقة ﴾ قد عبر بمثل ذلك في الشرائع وجامع المقاصد ولعل الضمير المؤنث في كلامهم راجع الى القيمة وكان الاولى التذكير ليرجع الى

ولو وجد عوض ثيابه او مداسه لم يكن له اخذه فان اخذه عرفه سنة ثم يملكه ان شاء الا ان يعلم بشاهد الحال انه تركه عوضاً فيجوز اخذه حينئذ من غير تعريف « متن »

الثمن قال في الدروس لو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها ولم يظهر المالك عرض الثمن على الملتقط ليتملك او يتصدق وقال في الارشاد لو دفع الى الحاكم فباع دفع الثمن الى الملتقط ان طلبه ولا ريب انه يجوز للملتقط الدفع الى الحاكم وانه يبرء بذلك كما في جامع المقاصد كما انه لا ريب انه اذا رأى المصلحة في البيع باعها وانه اذا وجد المالك ردّ الثمن اليه (عليه خ ل) وانه اذا لم يعرف المالك وجب ردها على الملتقط اذا قصد التملك وان تعريف الحاكم يكفي عن تعريفه لانه لا يجب عليه ان يعرف بنفسه ولا تأمل في شيء من ذلك وانما هو في وجوب الرد لاجل الصدقة او الحفظ اذا عرف منه انه لا يريد اخذها وانما يريد حفظها او التصدق بها فظاهر الارشاد وصريح المفاتيح وكذا مجمع البرهان وجوب الرد لها ايضاً وظاهر الشرائع والكتاب والدروس وجوب الردّ اليه ليتصدق بها لا ليحفظها لان له ولاية الصدقة كما له ولاية التملك ولعل الفرق ان الصدقة من الملتقط يترتب عليها الحكم بضمانه فيكون توليه عليها اعود على المالك من تولي الحاكم فمن ثم لم يكن للحاكم منعه بخلاف الاحتفاظ فانه امانة بيده كما هو عند الحاكم كذلك وانّ ولاية حفظ مال الغائب الى الحاكم وانما كان للملتقط ولايته لما كان بيده فلما ردّه الى الحاكم سقط حقه من ذلك لانه حق عارض بسبب الالتقاط بخلاف ولاية الحاكم فانها ثابتة له بالاصالة (ولعل) الاولى وجوب دفعه اليه مع ارادة الحفظ والصدقة لانهما من الامور الثلاثة التي يتخير فيها الملتقط وقد ثبت له الولاية فتستصحب ولا يجوز اخراجه عنها من دون ظهور خيانة وبيع الحاكم لا يزيلها بل تنتقل الى الثمن ولانه لو رجع عن ارادة الحفظ او الصدقة واراد ان يتملك كان له كما يستفاد من التذكرة ولا ترجيح في جامع المقاصد في كل من الامرين وكذلك المسالك وكيف كان فهل الغرض من ذكر هذا الفرع بيان انه يجوز دفعها ابتداء الى الحاكم كما فهمه المحقق الثاني والشهيد الثاني من الكتاب والشرائع وبه عنون في المفاتيح وقد يظهر ذلك من الدروس او الغرض انه اذا كانت مما لا يبقى او افتقر بقائها الى العلاج وبيع بعضه او كله ودفعها للحاكم ليبيعها لانه ليس له ولاية البيع عند المصنف في الاخير في الكتاب ولا في الاول في التذكرة كما فهمه المقدس الاردبيلي من عبارة الارشاد ولعله اولى لمكان ذكر البيع في كلامهم والا فليس له وجه وجيه تدعو الحاجة الى ذكره فتأمل (قوله) ﴿ ولو وجد عوض ثيابه او مداسه لم يكن له اخذه فان اخذه عرّفه سنة ثم ملكه ان شاء الا ان يعلم بشاهد الحال انه تركه عوضاً فيجوز اخذه من دون تعريف ﴾ هذا خلاصة ما في التذكرة وستسمع عبارتها وبه جزم في التحرير الا فيما اذا علم بشاهد الحال انه تركه عوضاً فانه احتمل جواز اخذه من دون تعريف احتمالاً ونحوه ما في الدروس قال لو وجد عوض ثيابه او مداسه فليس له اخذه الا مع القرينة الدالة على ان صاحبه هو اخذ ثيابه بكونها ادون وانحصار المشتبهين ومع عدم القرينة فهي لقطة انتهى (وهو) يقضي بانه مع القرينة المذكورة يجوز له ان يتصرف بذلك سواء شهدت الحال باخذ الآخذ على قصد المعاوضة او غلطاً وهو خيرة جامع المقاصد لان الآخذ غاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرف في مقداره للحيلولة فان امكنه اثبات ذلك عليه عند الحاكم رفع الامر اليه والا استقل به على وجه المقاصة والاخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضى من عليه الحق فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة (نعم) ان جوزنا كون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطة قطعاً كما افصحت به ايضاً عبارة الدروس وقال في التذكرة لو اخذت ثيابه في الحمام ووجد بدلها او اخذ مداسه وترك بدله لم يملكه بذلك ولا بأس باستعماله ان علم ان صاحبه تركه عوضاً ويعرّفه سنة اي اذا لم يعلم ان صاحبه تركه عوضاً الى ان قال الا ان يعلم ان السارق قصد المعاوضة بان يكون الذي تركه اردى من الذي سرقه وكان لا يشتبه على الاخذ بالذي له فلا يحتاج حينئذ الى التعريف لان مالكها تركها قصداً والتعريف انما جعل للضائع عن

ولو مات الملتقط عرف الوارث حولا وملكها والبحث فيه كالموروث ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثة ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ « متن »

صاحبه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به وراض ببدله عوضاً عما اخذه فصار كالمبيح له اخذه بلسانه وهو احد وجهي الحنابلة ولهم آخران احدهما الصدقة والثاني الدفع الى الحاكم ليبيعها ويدفع ثمنها اليه عوضاً عن ماله وما قلناه اولى لانه ارفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له وللسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع وقد ابيح لمن له على انسان حق من دين او غصب او غير ذلك ان يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك انتهى وما حكيناه عن ظاهر الدروس وصريح جامع المقاصد انفع وارفق لانه شامل لما اذا اخذه غلطاً او عمداً او نسياناً مساوياً كان المأخوذ للمتروك او اجود او اردى مضافاً الى ما عرفت مما يرد عليه من ان الاخذ عَلَى جهة المقاصة لا يتوقف عَلَى رضى من عليه الحق فلا يحتاج الى شهادة الحال بقصد المعاوضة ثم انه من الممكن ان لا يرضى المأخوذ ماله بهذه المعاوضة لان المفروض ان ماله اجود فلم يكن له التصرف في هذه الا اذا رضي بهذه المعاوضة وما استشهد به من اباحة اخذ من له على انسان دين او حق انما ينطبق على ما في جامع المقاصد وقال في التذكرة وكذا التحرير ان وجد هناك قرينة تدل على اشتباه على الآخذ وانه انما اخذها ظناً بانها ثيابه بان تكون المتروكة خيراً من المأخوذة او مساوية لها وهي مما تشتبه فينبغي ان يعرفها كما في التذكرة وعرّفها كما في التحرير قال في التذكرة لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه (قلت) مقتضى كلامه في كتبه الثلاثة انه يعول على القرينة الدالة على ان الآخذ هو المتروك ماله فاذا كان كذلك لم يخرج بالاشتباه عن كون اخذه عدواناً بغير حق فيكون غاصباً بالمعنى الاعم فيصح له التصرف مطلقاً مقاصة ولا يكون لقطة كما قدمناه عن جامع المقاصد نعم ان جوزنا ان يكون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطة قطعاً كما تقدم ثم عد الى عبارة الكتاب وما كان مثلها فقول المصنف في كتبه والشهيد لو وجد عوض ثيابه لا يريدان به العوض الحقيقي اذ لو تحقق كون مالكه قد عاوضه به جاز الاخذ وقولهما لم يكن له اخذه وليس له اخذه انما يريدان به الاخذ عَلَى قصد المعاوضة اما اخذه لقطة فجائز عندهما فيجب تعريفه ان كان درهماً فصاعداً فاذا عرفه تملكه ان شاء فان جاء المالك قاصه بماله وترادا الفضل ان اوجبنا العوض فرضي المالك بجعل ماله عوضاً والا ترادا المالين وكان للملتقط المطالبة بالاجرة والنقص دون الآخر فان باعه الملتقط بعد الحول ملك من ثمنه قدر قيمة ماله المأخوذ وكان الباقي لقطة يملكه ويغرم للمالك ان كان قد اتلف ماله ولو باع قبل الحول باذن الحاكم فالحكم فيه كذلك وان باع بدون اذنه لم يصح البيع ويأخذه صاحبه من المشتري ويلزم من شاء منهما بارش النقص واجرة الاستعمال وكان للملتقط ايضاً مطالبته بالاجرة والنقص ان كان ماله باقياً وبالقيمة والاجرة ان كان تالفاً وليلحظ ذلك (قوله) ﴿ ولو مات الملتقط عرّف الوارث حولاً وملكها والبحث فيه كالموروث ﴾ يعني انه يضمن عَلَى الخلاف في وقته وبذلك صرح في التذكرة وكذا الدروس وهو قضية كلام التحرير ولو كان في الاثناء بنى كما في التذكرة والتحرير والدروس ولا يحتاج الى استئناف التعريف قال في التذكرة بخلاف الملتقط من الملتقط لانه يطلب المالك او الملتقط فاحتاج الى استئناف التعريف حولاً بخلاف الوارث فانه يطلب المالك لا غير انتهى فتأمل (قوله) ﴿ ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثة ﴾ كما في التذكرة والتحرير فان جاء صاحبها اخذها من الوارث وان كانت معدومة اخذت قيمتها او مثلها من التركة ان اتسعت فان ضاقت زاحم الغرماء (قوله) ﴿ ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ ﴾ كما في التذكرة

ولو فقدت من التركة في اثناء الحول او بعده من غير تفريط الملتقط احتمل الرجوع في مال الميت وعدمه (الرابع الرد) ويجب مع قيام البينة ولا يكفي الواحد ولا الوصف وان ظن صدقه للاطناب فيه « متن »

واقتصر في التحرير والدروس عَلَى ذكر التملك ولا يحتاج الى تعريف آخر (قوله) ﴿ ولو فقدت من التركة في اثناء الحول او بعده احتمل الرجوع في مال الميت وعدمه ﴾ ومثله ما في التذكرة من عدم الترجيح وحكم في التحرير بالرجوع ثم احتمل العدم وفي الايضاح وجامع المقاصد ان الاصح عدم اخذ شيء من مال الميت لانها امانة والاصل براءة الذمة من وجوب البدل معتضداً بظاهر حال المسلم لان الظاهر انها تلفت من دون تفريط او انها دفعها الى الحاكم والا لأقرّ بها عند الموت عَلَى ان الوجوب انما هو متعلق بتسليم العين وذلك مع وجدانها اما البدل فلا يجب الا بالتلف مع التفريط وهو منتف بالاصل ووجه الاول عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت والاصل بقاء العين فاذا تعذرت وجب المصير الى بدلها وهو ضعيف وقد تقدم لنا ماله نفع في المقام عند قول المصنف في الوديعة ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء عَلَى اشكال (قوله) ﴿ الرابع الرد ويجب مع قيام البينة ﴾ لا خلاف في وجوب الرد فيما يجب تعريفه وانما الخلاف في انه هل يجب رد العين مع بقائها وتملكها بعد التعريف ام لا بل يجوز رد العوض قولان اشهرهما كما في المسالك والكفاية الثاني وفي المسالك ايضاً انه المشهور وهو خيرة الشرائع والكتاب فيما يأتي والتذكرة والارشاد والدروس وفي الايضاح في اثناء كلام له فيما يأتي عَلَى الظاهر وقد يشهد له الاجماع المحكي في الايضاح والتنقيح عَلَى عدم وجوب ردها اذا كانت دون الدرهم كما تقدم بيانه مفصلاً (وحجتهم) عَلَى ذلك انها قد صارت ملكاً للملتقط فلا تنتقل عنه الا بوجه شرعي كالقرض اذ ليس للمقرض بعد تملك المقترض الرجوع كما يرشد اليه قول الاكثر وبقية التملك يحصل الضمان وان لم يطالب المالك كما تقدم بيانه محرراً ولعل شهرة المسالك مستنبطة من ذلك وظاهر النهاية والمبسوط والمراسم والسرائر بل والمقنعة والوسيلة انه يجب عليه ردّ العين وهو خيرة جامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية لكن الظهور من كلام القدماء ليس بتلك المكانة اذ لعله ليس بمسوق لبيان ذلك ولذلك قال في الدروس انه قد يظهر من الروايات وكلام القدماء وفي المسالك انه (اي وجوب رد العين ح) لايخلو من قرب وفيه وفي الروضة ومجمع البرهان والكفاية انه ظاهر الاخبار (قلت) الاخبار التي قالوا ان ظاهرها ذلك هي صحيحة الحلبي تعرفها سنة فان جاء طالبها والا فهي كسبيل مالك ونحوها صحيحة محمد وغيرها وليست بتلك المكانة من الظهور لانها تحتمل انه ان جاء قبل التملك فتأمل ولذلك قال الشهيد قد يظهر (واما) الرواية التي فيها وليكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه فهي عامية مرسلة شاذة ولا ترجيح في التحرير (واما) وجوب الرد مع قيام البينة فما لم يختلف فيه اثنان وقد صرح به في الوسيلة واكثر ما تأخر عنه ويجب ايضاً بالشاهد واليمين كما في المبسوط والوسيلة والدروس والروضة لكن في الوسيلة ان ادعاها احد استحقها بشاهدين او شاهد ويمين بعد ما وصفها بالوعاء والوكاء والوزن والعدد والحلية فتأمل واما وجوبه مع العلم بكونها فمما لا ريب فيه ايضاً وقد نص عليه جماعة وان كان بغير طريق شرعي (قوله) ﴿ ولا يكفي الواحد وان كان عدلا ﴾ اي في وجوب الدفع وهذا ايضاً مما لا اجد فيه خلافاً واحتمل في التذكرة جواز الدفع اذا حصل الظن من قوله وقد اختاره الشهيدان والمحقق الثاني وهو متوجه لانّ قول العدل الموثوق به اقوى من الوصف (قوله) ﴿ ولا الوصف وان ظن صدقه للاطناب فيه ﴾ اي لا يكفي الوصف في وجوب الدفع كما في المبسوط والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والرياض وعليه انعقد العمل كما في كشف الرموز لانه لم يثبت كون الوصف حجة والواصف لها مالكاً (قوله)

نعم يجوز فان امتنع لم يجبر عليه فلو دفع الى الواصف وظهرت البينة لغيره انتزعها الغير فان تلفت رجع على من شاء و يستقر الضمان على الواصف الا ان يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك ولو اقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الاول ولا ترجيح اقرع فان خرج الثاني انتزعت من الاول « متن »

﴿ نعم يجوز فان امتنع لم يجبر عليه ﴾ يجوز الدفع له بالوصف اذا ظن صدقه كما هو المشهور كما في جامع المقاصد والكفاية والاشهر كما في المسالك والروضة وعليه انعقد العمل واليه ذهب الجمهور الا اهل الظاهر فانهم يذهبون الى وجوب دفعها كما في كشف الرموز و به صرح في المبسوط وسائر ما ذكر بعده في المسألة المتقدمة ما عدى الارشاد مع زيادة الخلاف والمختلف هنا لكن ظاهر اللمعة وكذا التحرير جواز الدفع بمطلق الوصف وان لم يظن صدقه فيجب تأويله وحمله على ما اذا ظن الصدق فتأمل وفي النافع قيل يكفي الوصف في الامور الباطنة كالذهب والفضة وهو حسن وظاهره ان هذا القائل يقول انه يكفي في وجوب الدفع وكأنه قد استحسنه ايضاً المقداد وابو العباس في التنقيح والمقتصر وكذا المهذب ونسبه في التنقيح الى المبسوط والخلاف ولعله عنه حكاه شيخنا صاحب الرياض وقال تلميذه كاشف الرموز لا اعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل به (قلت) ونحن كذلك وقال في السرائر الاقوى انه اذا لم تقم البينة لا يعطيه اياها سواء غلب على ظنه صدقه او لا (و يدل) على ماعليه الاصحاب قول مولانا ابي الحسن الرضا عليه السلام في صحيحة البزنطي وان جاءك طالب لا تتهمه رده عليه والامر للندب او لرفع توهم الحظر كما هو ظاهر الاصحاب وهو يشمل شهادة العدل الواحد ايضاً وتقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمرو الخثعمي الكيس الذي فيه سبع مائة دينار لمن اخبره بعلامته مضافاً الى ما في المختلف وغيره من انه لولا ذلك لافضى الى خفائها عن المالك وتسلط غيره عليها اذ من المستبعد اقامة البينات على ما يستصحبه الانسان من امواله فايجاب البينة سد لباب اخذ المالك لها وذلك ضد الحكم فوجب ان لا يكون مشروعاً لانتفاء الحكمة فيه وفي المختلف في المقام كلام نص في ان كل ظن يجوز العمل به للمجتهد وغيره فليلحظ هذا ولو جاء مدع فادعاها ولم يقم بينة ولا وصفها لم يجز دفعها اليه وان غلب على الظن صدقه نص عليه في التذكرة (قوله) ﴿ فلو دفع الى الواصف فظهرت البينة لغيره انتزعها الغير ﴾ لان البينة حجة شرعية بالملك والدفع بالوصف انما كان رخصة و بناء على الظاهر فان تعذر انتزاعها من الواصف ضمن الدافع لذي البينة المثل او القيمة لاتلافه لها بالدفع ولا تنافيه الرخصة له من الشرع لان غايتها رفع الاثم وهو لا يستلزم نفي الضمان مع عموم دليل ثبوته كقوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت وغيره كما ثبت نظيره في الاذن في التصرف في اللقطة بعد التعريف مع الضمان اذا جاء المالك (قوله) ﴿ فان تلفت رجع على من شاء و يستقر الضمان على الواصف ﴾ لان التلف في يده ولانه عاد غار ولو جاء الواصف بعد ما تملك الملتقط اللقطة واتلفها فقومها الملتقط لظنه صدقة ثم جاء آخر فاقام البينة بملكيتها كان له مطالبة الملتقط دون الواصف لان الذي قبضه الواصف ليس عين ماله ولو تعذر الرجوع على الملتقط فالاقوى ان له الرجوع على القابض اقتصاصا للملتقط (قوله) ﴿ الا ان يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك ﴾ لاعترافه بكون الاخذ منه ظلما وان البينة متوهمة (قوله) ﴿ ولو اقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الاول ولا ترجيح اقرع ﴾ لانها لكل امر مشكل فان خرج الاول فلا كلام (قوله) ﴿ فان خرج الثاني انتزعت من الاول ﴾ اي بعد احلاف الثاني قال في التذكرة لا تدفع الى من خرجت له القرعة الا باليمين فان امتنع منها احلف الاخر فان امتنعا احتمل ابقاؤها امانة عليهما حتى يصطلحا او على غيرهما انتهى والذي قالوه في باب القضا انهما ان ادعيا عينا في يد ثالث واقام كل واحد

ولو تلفت لم يضمن الملتقط ان كان قد دفع بحكم الحاكم وان دفع باجتهاده ضمن ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين بل المثل اوالقيمة ان لم تكن مثلية فان ردالعين وجب على المالك القبول وكذا لو عابت بعد التملك مع الارش عَلَى اشكال والزيادة المتصلة والمنفصلة في الحول للمالك وفي التبعية للقطة نظر اقرب به ذلك « متن »

منهما بينة ولا ترجيح واقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف فان نكل حلف الاخرفان نكلا عن الحلف انها تقسم بينهما (قوله) ﴿ولو تلفت لم يضمن الملتقط اذا كان قد دفع بحكم الحاكم﴾ اي والبينة لان حكمه صيره بمنزلة المكره لانه يجب عليه الدفع فلا تقصير منه حينئذ و يرجع الحاكم على القابض وليس من خطأ الحكام وان كان فلا يرجع عَلَى بيت المال مع وجود القابض (قوله) ﴿وان دفع باجتهاده ضمن﴾ لانه ليس له الحكم لنفسه ولو كان بالبينة لانه لا يكفي في وجوب الدفع عندهم البينة بل لا بد من حكم الحاكم بها في جميع الاحكام لان الحكم بها من وظائفه الا ما استثني مثل الهلال كما صرحوا به في المقام وغيره فكان الدفع حينئذ مستنداً اليه وقد تبين انه بغير حق وقد صرح بالحكمين في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وغيرها (قوله) ﴿ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين بل المثل او القيمة ان لم تكن مثلية﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفاً (قوله) ﴿فان رد العين وجب على المالك القبول﴾ كما في التذكرة وهو قضية قوله في الشرائع جاز لانها لا تنحط عن مرتبة المثل بل هي اقرب الى نفسها من البدل وقد يقال ان الواجب في القيمي القيمة فلا يجزي غيرها الا بالتراضي كما فيما اذا اقترض منه القيمي فانه قد اختير عدم وجوب قبول العين اذا ردها المقترض في الايضاح والتنقيح وجامع المقاصد لانه اذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطاً بالتراضي ووجوب القبول هناك خيرة الخلاف والدروس والمسالك ومجمع البرهان وفي الدروس ان في الخلاف الاجماع عليه وذلك لان قولهم الواجب القيمة محمول عَلَى تقدير عدم اعطاء العين كما في المثلي فانه يجب المثل عَلَى تقدير عدم اعطاء العين ويحتمل هنا وهناك وجوب قبولها ان تساوت القيمة او زادت وقت الرد وان نقصت فلا وهذا الفرع مبني عَلَى ما يختار من عدم وجوب دفع العين (قوله) ﴿وكذا لو عابت بعد التملك مع الارش عَلَى اشكال﴾ اي يجب القبول مع الارش عَلَى اشكال ونحوه قوله في الشرائع جاز عَلَى اشكال وينشأ من ان الواجب المثل في المثلي والقيمة في القيمي ومع وجود العيب فلا مماثلة ومن ان العين مع الارش الساد مسد الفائت اقرب الى نفسها من القيمة وهو الذي قواه في التذكرة والمسالك وفي الايضاح ان الاصح عدم وجوب القبول (قلت) هو اشبه بالاصول كما قالوه فيما اذا استقرض الجارية ونقصت واراد ردها مع الارش وعَلَى القول بوجوب رد العين يجب القبول بلا اشكال (قوله) ﴿والزيادة المتصلة والمنفصلة في الحول للمالك﴾ لا اشكال في ذلك كما في المسالك لو ظهر المالك قبل تمام الحول او بعده قبل التملك لانها لم تخرج في الامرين عن ملك مالكها سواء كانت امانة ام مضمونة فزوائدها له متصلة كالسمن ام منفصلة كالولد (قوله) ﴿وفي تبعية اللقطة نظر اقرب به ذلك﴾ يريد انه اذا عرفها الملتقط وتملكها فهل الزوائد التي صارت في الحول تتبع العين في التملك والملكية نظر من ان العين هي الضائعة الملتقطة دون زوائدها وتملكها عَلَى خلاف الاصل فيقتصر فيه عَلَى موضع اليقين فتكون امانة للمالك كسائر مجهول المالك وفي شرح فخر الاسلام ان وليها الحاكم وفيه نظر ظاهر ومن ان الملتقط اذا استحق ملك العين فمقتضى التبعية ان يستحق تملك النماء لان الفرع لا يزيد عَلَى اصله واستحقاق التملك يحصل من حين الالتقاط وبمجرده وان كان التعريف شرطاً فكان النماء انما وجد بعد الاستحقاق فيتبع العين ولا يشترط لتملكه حول بانفراده وهو الاصح كما في الايضاح والاقرب

وبعده للملتقط ان تجددت بعد نية التملك والا فكالاول ولو رد العين لم يجب رد النماء فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة لان المدفوع ليس نفس العين و يرجع على الاول لتحقق بطلان الحكم (المقصد الرابع في الجعالة) « متن »

كما في جامع المقاصد والاقوى كما في المسالك ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الاسلام (قوله) ﴿ وبعده للملتقط ان تجددت بعد نية التملك ﴾ اي الزيادة المتصلة والمنفصلة بعد الحول و بعد نية التملك للملتقط لانها حدثت على ملكه لكنه اذا ظهر المالك واراد ان يرد عليه العين باختياره اخذها المالك مسلوبة الزيادة المنفصلة لانها متميزة غير تابعة للعين حتى على القول بتزلزل الملك لان تزلزله لا ينافي ذلك كما في المبيع في زمن الخيار واما اذا كانت متصلة فانها تتبع العين لانها تتبعها في الرد بالعيب وفي الاقالة وانما تبعت فيهما لكونها بمنزلة الجزء منها فكذا هنا (والحاصل) ان الملتقط مخير بين دفع قيمتها و بين دفعها مع نمائها المتصل بها وليس له ان يأخذ منه ما قابل قيمة السمن مثلاً (قوله) ﴿ والا فكالاول ﴾ اي وان لم يكن التجدد بعد نية التملك فكالاول المتجدد في الحول فيجيء الاشكال في التبعية والاقوب الاقرب (قوله) ﴿ ولو رد العين لم يجب رد النماء ﴾ قد تقدم الكلام فيه (قوله) ﴿ فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة لان المدفوع ليس نفس العين ويرجع على الاول لتحقق بطلان الحكم ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وقال في الاخير انما يرجع الملتقط على الاول اذا لم يكن قد اعترف بالملكية له وهو ظاهر كما تقدم وليس للثاني الرجوع على الاول لان مقبوضه مال الملتقط لا اللقطة وهذا الفرع كما تقدم مثله مفروض فيمن عرّف وتملك وضمن العوض عند المصنف او اتلف وزاد في جامع المقاصد ففرضه فيما اذا اقام الاول البينة بالاستحقاق فدفع اليه العوض ثم اقام الثاني البينة وانتفى المرجح فاقرع فخرج اسم الثاني فاحلف فحلف قال فانه يجب على الملتقط الغرم الى آخره وقد يفهم ذلك من التذكرة والتحرير وعبارة الكتاب مطلقة توافق كلامهم في باب القضاء من انه يقضى لاكثر البينتين عدالة فان تساويا فاكثرهما عدداً فان تساويا اقرع فاذا كانت بينة الثاني اكثر عدالة او اكثر عدداً ضمن للثاني ورجع على الاول ويجيء كما تقدم انه لو تعذر رجوعه على الملتقط فانه يرجع على القابض اقتصاصاً للملتقط . والحمد لله كما هو اهله وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

﴿ المقصد الرابع في الجعالة ﴾

هي بتثليث الجيم وكسرها اشهر كما في المسالك (ولغة) مايجعل للانسان على شيء يفعله كما في التذكرة وغيرها و يفهم منها ومن غيرها انها في الشرع عبارة عن صيغة دالة على عوض في عمل محلل مقصود واختلف كلام الاصحاب في كونها من العقود او من الايقاعات فمنهم من جعلها ايقاعا حكماً ووضعاً كالمحقق في الشرائع وكأنه نظر الى عدم اشتراط تعيين العامل واذا لم يكن معيناً لا يتصور للعقد قبول وعلى تقدير قبول البعض لا ينحصر فيه اجماعاً والمصنف في التحرير والشهيد في اللمعة حيث قالا لا تفتقر الى قبول وقد يظهر ذلك من كلام المقنعة ومنهم من جعلها عقداً كالشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة وكذا سلاّر فيكون القبول الفعلي كافياً فيها عندهم كالوكالة والمنفي هو القبول اللفظي واما قول المحقق في الشرائع ايضاً انها عقد جائز كالمضاربة بعد عدّها في الايقاعات وقوله انها لا تفتقر الى قبول فيوجه بانه تجوز في تسميتها عقداً وكالمصنف في التذكرة قال الجعالة عقد جائز من الطرفين اجماعاً وكولده في الايضاح وفي جامع المقاصد ان ظاهرهم انها من العقود فيكون القبول فيها فعلياً (قلت) هو ظاهر سلاّر بناء على ما ذكره في اول كتابه بل والنهاية والارشاد والدروس وقال في المسالك تظهر الفائدة فيما لو فعل العامل لا بقصد العوض ولا بقصد التبرع بعد الايجاب فعلى الاول يستحق العوض لوجود المقتضي له وهو الصيغة مع العمل وعلى الثاني لا يستحق وان كان قد عمل لان المعتبر

وفيه مطلبان (الاول في الاركان) وهي اربعة (الاول) الصيغة كقوله من رد عبدي اوضالتي او فعل كذا وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا فلو رد انسان ابتداء فهو متبرع لاشيء له « متن »

من القبول الفعلي ليس هو مجرد الفعل بل لا بد معه من انضمام الرضا والرغبة فيه لاجله كما نبه عليه في الوكالة (قلت) من رد لا على قصد التبرع ولا على قصد العوض متبرع وان لم يقصد التبرع فلا فائدة واما ما نبه عليه في الوكالة فهو ما حكاه عن التذكرة من ان القبول في الوكالة يطلق على معنيين (احدهما) الرضا والرغبة فيما فوّض اليه ونقيضه الردّ (والثاني) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات وانه يعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول دون الثاني حتى لو ردّ وقال لا اقبل او لا افعل بطلت ولو اراد ان يفعل او يرجع فلا بد من استيناف اذن مع علم الموكل انتهى فتأمل فيه وقال في المسالك هذا يدل على ان القبول بمعنى فعل ما وكل به ولا يكفي مطلقاً بل مع اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل ان يرد انتهى وحاصله انه يأتي بالفعل على وجه الرضا والقبول للايجاب واما الرغبة فلا وجه لاشتراطها بالمعنى المعروف منها (وتنقيح البحث) في العقود الجائزة مطلقاً هو ما ذكرناه في اول باب الوديعة من انها حيث يكون ايجابها وقبولها قوليين تكون عقوداً حقيقة ويصح نظمها في سلك العقود وحيث لا يكونان كذلك تكون من باب المعاطاة في العقود الجائزة وقد برهنا عليه ونقلنا تصريحهم به فالجعالة اشبه شيء بالوصية لان ايجابها اوصيت او افعلوا بعد وفاتي وقبولها لفظي وفعلي الا في غير المحصور كالفقراء والفقهاء فليست عادمة النظير حتى نقول انها بالايقاع اشبه (وكيف كان) فهي جائزة ولا نعلم فيها خلافاً كما في التذكرة ومراده بين المسلمين وقد دلّ على جوازها قبل الاجماع الكتاب والسنة والاعتبار (فالاول) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وشرع من قبلنا حجة ما لم نعلم نسخه (واما الثاني) فهو ما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام قال سألته عن جعل الآبق والضالة فقال لا بأس ومثله خبر مسمع وسئل الباقر عليه السلام عن الرجل يعالج الدواء للناس فيأخذ عليه جعلاً فقال لا بأس وسئل الباقر عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على ان يتحول من منزله فيسكنه قال لا بأس به وورد بها اخبار عامية (واما الثالث) فلان الحاجة تدعو الى ذلك فان العمل قد يكون مجهولاً كرد الابق والضالة ونحو ذلك ولا يمكن عقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردّ ذلك وقل ان يوجد متبرع فدعت الضرورة الى اباحة بذل الجعل فيه مع جهل العمل وكانت جائزة والاقدمون ذكروها كالمصنف في عقب اللقطة لان الحاجة لما كانت غالباً في رد الضوال المنبوذة ناسب ذكرها بعدها (قوله) ﴿ وفيه مطلبان الاول في الاركان وهي اربعة الاول الصيغة كقوله من رد عبدي او ضالتي او فعل كذا وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا ﴾ قال في التذكرة الاول الصيغة وهي كل لفظ دال على الاذن في العمل واستدعائه بعوض يلزمه كقوله من ردّ عبدي او خاط لي ثوباً او بنى لي حائطاً وما اشبه ذلك من الاعمال المحللة المقصودة في نظر العقلاء ونحوه ما في التحرير والدروس من انها صيغة دالة على الاذن في الفعل بشرط عوض كما في الاول وبعوض كما في الثاني ولعل بينهما فرقاً ولعله ان الاول ظاهر في الايقاع والثاني ظاهر في العقد فتأمل ولا فرق في صيغة المالك بين ان يقول من رد عبدي او يقول ان رد انسان عبدي او يقول ان رددت عبدي ويصح التقييد بالزمان كأن يقول في شهر والمكان كأن يقول من بغداد والاطلاق ولا فرق في القبول اللفظي بين ان يقول قبلت او انا ارد كما ذكر ذلك كله في التذكرة ويأتي بعضه في الكتاب (قوله) ﴿ فلو رد انسان ابتداء فهو متبرع لا شيء له ﴾ كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية ونسبه في التذكرة الى اكثر علمائنا وقال في الدروس عليه المتأخرون تارة وانه المشهور اخرى وهو قول ما عدى الشيخين وابن حمزة

و كذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع والا فاشكال « متن »

كما في المختلف والمشهور خلاف قولهم كما في جامع المقاصد فيما ياتي وقال في المقنعة اذا وجد الانسان عبداً ابقاً او بعيراً شارداً فرده على صاحبه كان له على ذلك جعل ان كان وجده في المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جياد وان كان وجده في غير المصر فاربعة دنانير قيمتها اربعون درهماً جياداً و بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ونحوه ما في النهاية وما حكي عن ابن حمزة قال وان لم يجعل وجرت العادة في البلد بشيء يستحقه وان لم تجر ووجده في المصر كان له دينار وان وجده خارج المصر كان له اربعة دنانير ولعله ذكر ذلك في الواسطة اذ لم نجده فيما عندنا من نسخ الوسيلة وقولهم هذا يقتضي الاستحقاق في البعير والعبد وان لم يجعل المالك جعلاً كما في المختلف وفي التذكرة والدروس انه يشعر بذلك (قلت) هو ظاهر في ذلك وقال في الخلاف لم ينص اصحابنا على شيء من جعل اللقطة والضوال الا على اباق العبد فانهم رووا انه ان رده من خارج البلد استحق الاجرة اربعين درهماً قيمتها اربعة دنانير وان كان من البلد فعشرة دراهم قيمتها دينار وما عدى ذلك يستحق الاجرة بحسب العادة ثم نقل كلام العامة وقال دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم فهذه اخبار مرسلة والمفيد قال ان بذلك ثبتت السنة (وقد روى) مسمع عن الصادق عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في الابق ديناراً اذا وجد في مصره وفي غير مصره اربعة دنانير والشيخ في المبسوط قال روى اصحابنا وذكر مضمون الخبر وقال هذا على جهة الافضل لا الوجوب و ياتي ان الاكثر عاملون بالخبر اذا بذل جعلا ولم يعينه وقد يؤيد قول الشيخين بان في ذلك حثاً على رد الابق وصيانة له عن الرجوع الى دار الحرب والرد الى دينهم وتقوية اهل الحرب به فتأمل وبان العامة رووه عن علي عليه السلام وابن مسعود وعمر وشريح وعمر بن عبد العزيز واصحاب الرأي واحمد في احدى الروايتين ولم يعرف لهم مخالف في زمنهم فكان اجماعاً كما حكاه في التذكرة لكنه قوى ان لا شيء له وقال ابن ادريس لا يظن ظان ان من رد شيئاً من الضوال والابق واللقط يستحق على صاحبه من غير ان يجعل له فانه خطأ فاحش و ياتي تمام الكلام عند تعرض المصنف له في ثلاثة مواضع (قوله) ﴿ وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع ﴾ سيأتي في كلام المصنف وكلام غيره انه لو سمع الجعل فرد متبرعاً انه لا يستحق جعلا فبالاولى ان لا شيء له لو ولم يسمع جعلاً ولا جعالة قاصداً التبرع (قوله) ﴿ والا فاشكال ﴾ اي وان لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقاق فاشكال اصحه انه يستحق كما في الايضاح وقال في الدروس لو ردها من لم يسمع الصيغة بقصد العوض فالاقرب الاستحقاق اذا كانت الصيغة تشمله (قلت) هو المفروض في كلام الكتاب ووجهه انه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع باذن الجاعل فالمقتضي للاستحقاق وهو جعل المالك بصيغة تشمل العامل وعدم تبرعه موجود والمانع ليس الا عدم علمه بصدور الجعل لا يصلح للمانعية للشك في مانعيته فيعمل بمقتضى عمله ووجه العدم انه بالنسبة الى اعتقاده متبرع اذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك قال في الايضاح في توجيهه (قالوا) لم يقصد به جواباً لايجابه و به يستحق وغيره تبرع (قلنا) ممنوعان بل سبب الاستحقاق صدور الايجاب من الموجب والفعل من القابل انتهى ومعناه انه لم يقصد بفعله قبول ايجابه فعبر عن القبول بالجواب وبالقبول الذي هو جواب الايجاب يستحق الجعل وغيره وهو الذي ليس بقبول لايجابه تبرع واشار بقوله قلنا ممنوعان الى الامرين وهو كونه بالجواب يستحق وان غيره تبرع فتأمل فيه ولعل منع الاولى بالنسبة الى الخبر وفي جامع المقاصد ان الاولى ان يفرق بين من رد كذلك عالماً بان العمل بدون الجعل تبرع وان قصد العامل العوض و بين غيره لان الاول لا يكاد ينفك من التبرع بخلاف الثاني فيستحق دون الاول (قلت) ليس الاول موضع اشكال فكلامهم انما هو في الثاني وقال ان على العبارة مؤاخذة فان قوله والا فاشكال يقتضي ثبوت الاشكال في كل من لم يرد على قصد التبرع فيتناول من رد لا على قصد التبرع ولا على قصد الاستحقاق وليس بجيد لان هذا متبرع وان لم يقصد التبرع

ولو كذب المخبر فقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر لانه لم يضمن ولو تبرع المخبر فقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لانه ضامن ولو قال من رد عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا ومن خاط ثوبي في يوم كذا فله كذا صح بخلاف الاجرة للزومها بخلاف الجعالة (الثاني الجاعل) الجاعل وشرطه ان يكون اهلا للاستيجار وفي العامل امكان تحصيل العمل « متن »

(قلت) لعله يرجع بالآخرة الى انه رد على قصد التبرع حكماً على انه نادر (قوله) ﴿ ولو كذب المخبر وقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر لانه لم يضمن ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد اما المخبر فلانه لم يضمن ولم يلتزم اقصى ما في الباب انه كذب وهو لا يوجب الضمان واما المالك فان كان المخبر قد كذب عليه لم يكن ثابتاً عليه شيء ايضاً وكان على الراد ان يتثبت ويفحص ويسأل فالتفريط وقع منه وان كان قد صدق فردّ طمعاً في الجعل كفى في الاستحقاق اخبار المخبر وان لم يكن ثقة كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو تبرع المخبر فقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لانه ضامن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي جامع المقاصد انه لا ريب فيه وان كان العمل لا يرجع عليه بفائدة للتوسع في الجعالة (قلت) فيلزم الباذل ما جعله مع رده الى المالك او اليه حسب ما شرط وهذا بخلاف ما اذا التزم الثمن في بيع غيره والثواب على هبة غيره لانه عوض تمليك فلا يتصور وجوبه على غير من جعل له الملك والجعل ليس عوض تمليك (قوله) ﴿ ولو قال من رد عبدي من العراق في شهر فله كذا ومن خاط ثوبي في يوم فله كذا صح بخلاف الاجارة للزومها بخلاف الجعالة ﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد ومرادهم ان ذلك اذا قصد تطبيق العمل على الزمان بحيث يبتدئ بابتدائه و ينتهي بانتهائه لان الجعالة جائزة فاذا لم يتفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج العقد عن مقتضاه لان التقدير بالعمل والزمان معاً يقتضي عدم الوثوق بحصول العوض وهو مغتفر في الجعالة دون الاجارة لانها لازمة فلم يصح تقديرها بهما معاً الا ان اتفاقهما نادر فيخل بلزوم العقد ولان تطبيق العمل على الزمان غير معلوم التحقق فيكون اشتراطه اشتراطاً لما لا يوثق بالقدرة عليه فلم يصح (قوله) ﴿ الثاني الجاعل وشرطه ان يكون اهلاً للاستيجار ﴾ قال في التذكرة يشترط فيه ان يكون من اهل الاستيجار مطلق التصرف فلا ينفذ جعل الصبي والمجنون والسفيه والمحجور عليه لفلس والمكره وغير القاصد ولا نعلم فيه خلافاً انتهى ولا يعتبر ذلك في العامل لان ركنها الجاعل فلو ردّ الصبي المميز ولو بدون اذن وليه والمحجور عليه استحق الجعل كما قطع به في التذكرة في الصبي بقوله قطعاً الجاري مجرى الاجماع و يشكل بانها اذا كانت عقداً كان باطلاً فيستحق اجرة المثل لا العوض الا ان تقول ان الغرض الاقصى منها تحصيل العمل فبنى الامر فيها على المسامحة في العامل والعمل في الجهالة وغيرها وفي غير المميز والمجنون وجهان من عدم تحقق القصد ووقوع العمل وخصت الاجارة بالذكر في الشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها لانها اشبه بالجعالة من البيع وغيره لان في كل منهما مقابلة منفعة بمال (قوله) ﴿ وفي العامل امكان تحصيل العمل ﴾ كما في الشرائع والارشاد والمسالك ومجمع البرهان واليه اشير في التذكرة والدروس قال في الاول (لو قال ظ) من رد عبدي فله كذا وكان العبد مسلماً فهل للكافر رده الاقرب ذلك مع احتمال العدم لاستلزامه اثبات السبيل وقال في الثاني لو قال من استوفى ديني على المسلم فله كذا لم يدخل الذمي ويدخل في ردّ العبد المسلم لان السبيل هنا ضعيف (قلت) ومثله لو قال من زار عالماً قربة الى الله تعالى ونحوه مما يشترط فيه القربة وحصوله من المسلم او المؤمن فلا بد من ان يراد بالامكان في كلامهم الامكان الشرعي بهذا المعنى واما بمعنى كونه جائز التصرف فبعيد اذ قد علمت ان الصبي لو رد استحق واما ارادة الامكان

ولا يشترط تعيينه (تعينه خ ل) ولا القبول نطقا ولو عين فرد غيره فهو متبرع (الثالث العمل) وهو كل ما يصح الاستيجار عليه وهو كل عمل مقصود محلل وان كان مجهولا ولا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبي او حج عني فله دينار صح لان جوازه مع الجهل يستلزم اولوية جوازه مع العلم «متن»

العقلي والعرفي فيردها انه لا يحتاج الى اشتراطه فان غير الممكن كذلك لا يمكن فعله (قوله) ﴿ ولا يشترط تعيينه ﴾ كما في التذكره والتحرير وجامع المقاصد وغيرها لان الاصل والغالب في العامل جهالته لان الغرض رد الآبق وما في معناه ولا تعلق للمالك بخصوصية الراد بل قد لا يتمكن منه معين وقد لا يكون من يتمكن حاضراً وربما لا يعرفه المالك فاذا اطلق الاشتراط وشاع ذلك سارع من تمكن منه الى تحصيله فيحصل الغرض فاقتضت المصلحة في مشروعية الجعالة ان تكون قابلة في العامل للجهالة (قوله) ﴿ ولا القبول نطقاً ﴾ قد تقدم الكلام (قوله) ﴿ ولو عين فرد غيره فهو متبرع ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان لانه لم يبذل له اجرة ولا لمن يشمله وفي الشرائع ان عمله ضائع ولعله اراد ان ذلك اذا جعل على المجعول له العمل بنفسه او قصد الراد العمل لنفسه او اطلق اما لو رده نيابة عن المجعول له حيث يتناول الامر النيابة فانه لا يضيع عمله وكان الجعل لمن جعل له وفي التذكرة لو رده عبد المجعول له استحق المولى الجعل لان رد عبده كرده ويده كيده (قوله) ﴿ الثالث العمل وهو كل ما يصح الاستيجار عليه وهو كل عمل مقصود محلل وان كان مجهولاً ﴾ اما انها تصح على كل عمل مقصود محلل غير واجب كالخياطة ورد الابق والضالة فمما لا اجد فيه خلافاً وقد نفي في التذكرة الخلاف عن اشتراط كون العمل محللاً ونص فيها وفي الشرائع والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وفي غيرها عَلَى اشتراط كون العمل مقصوداً للعقلاء فلو قال من استق من دجلة ورماه في الفرات مما لا يعده العقلاء مقصوداً لم يصح ومثله الذهاب الى موضع خطير ليلاً بغير غاية مقصودة والمراد بالمحلل في كلامهم الجائز بالمعنى الاعم ليشمل المباح والمندوب والمكروه حيث يكون مقصوداً ولا بد من اخراج الواجب منه فلا تصح عليه الجعالة كما لا تصح عليه الاجارة وقد نص في التذكرة والدروس والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح عَلَى اشتراط عدم كونه واجباً فلو قال من صلى الفريضة فله كذا لم يصح قال ولو قال من دلني عَلَى مالي فله كذا فدله من كان المال في يده لم يستحق الجعل لان ذلك واجب علية بالشرع فلا يجوز اخذ العوض عليه اما لو كان في يد غيره فدله عليه استحق لانه غير واجب عليه والغالب انه يلحقه مشقة في البحث عنه ولو قال من رد علي مالي فله كذا فرده من كان المال في يده نظر فان كان في رده من يده كلفة ومؤنة كالعبد الابق استحق الجعل وان لم يكن كالدراهم والدنانير فلا انتهى (واما) انها تصح اذا كان العمل مجهولاً فقد نص عليه في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي الروضة ان عدم اشتراط العلم بالعمل هنا موضع وفاق (قلت)لا أجد فيه خلافاً الا من صاحب الوسيلة قال وتصح بشرطين تعيين العمل والاجرة انتهى فتأمل (وليعلم) ان العمل لو كان مجهولاً بالكلية لا يصح الجعل عليه فمرادهم المجهول في الجملة ومستندهم بعد الاجماع ان الغرض الاقصى من الجعالة بذل الجعل عَلَى مالا يمكن التوصل بعقد الاجارة اليه لجهالته لان مسافة رد الآبق قد لا تعرف فتدعو الحاجة الى احتمال الجهالة فيه كما تدعو الى احتمالها في العامل وقد احتملت الجهالة في القراض لتحصيل الزيادة فهنا اولى هذا ولا يخفى ان قوله في الكتاب وان كان مجهولاً يقضي بصحة الاستيجار عَلَى العمل وان كان مجهولاً (قوله) ﴿ ولا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبي اوحج عني فله دينار صح لان جوازه مع الجهل يستلزم اولوية جوازه مع العلم ﴾ والمخالف الشافعية في احد الوجهين

(الرابع الجعل) وشرطه ان يكون معلوماً بالكيل اوالوزن اوالعدد ولو كان مجهولا كثوب غير معين او دابة مطلقة ثبت بالرد اجرة المثل ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسنا كقوله من رد عبدي فله نصفه ومن خاط ثوبي فله ثلثه « متن »

فانهم قالوا فيه لا تصح الجعالة عَلَى العمل المعلوم (قوله) ﴿ الرابع الجعل وشرطه ان يكون معلوماً بالكيل او الوزن او بالعدد ولو كان مجهولاً كثوب غير معين او دابة مطلقة ثبت بالرد اجرة المثل ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله من رد عبدي فله نصفه ومن رد (خاط خ ل) ثوبي فله ثلثه ﴾ جعل المصنف هنا وفي التذكرة للجعالة اربعة اركان الصيغة والعاقد والعمل والجعل وقد تقدم الكلام في الثلثة الاول وظاهره هنا كما هو صريح التذكرة ان الاخلال بواحد منها يفسد العقد و يبطله وقد اشترط في الجعل هنا ان يكون معلوماً كما هو خيرة المبسوط والوسيلة والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد وقال في الاخير اطلق الاصحاب عدم جواز كون الجعل مجهولاً وفي الايضاح ومجمع البرهان نسبة ذلك الى الاصحاب وفي المسالك والكفاية وكذا المفاتيح ان المشهور اشتراط كون العوض معلوماً في صحة الجعالة مطلقاً كما يشترط ذلك في عوض الاجارة وقد صرح هنا بكونه معلوماً بالكيل او الوزن او العدد كما في الشرائع والارشاد والتذكرة وفي الاخير والمبسوط انه لو كان مجهولاً فسد العقد ووجب بالعمل اجرة المثل وقال في احياء الموات من الكتاب لو قال اعمل ولك نصف الخارج بطل لجهالة العوض اجارة وجعالة وهو يقضي بعدم جواز الجعالة مع جهالة الجعل مطلقاً وهو اي فساد العقد حينئذ ظاهر الكتاب والوسيلة وما ذكرناه بعده من الكتب بل بعضها كاد يكون صريحاً وقد سمعت الشهرات الثلث وقال ولد المصنف فيما كتب عَلَى الايضاح ان المانع من جهالته لا يقول انه يبطل اصل العقد وانما يبطل المسمى فلو جعل له جعلاً مجهولاً صحت الجعالة وكانت له اجرة المثل وقال في الدروس الجعالة صيغة دالة عَلَى الاذن في عمل بعوض ولا يشترط فيهما العلم وقال في اللمعة صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما وفسر الضمير في الروضة بالعمل والعوض وقال في اللمعة ايضاً من قال من رد عبدي او خاط ثوبي فله كذا صح او فله مال او شيء اذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجعالة وانما هو شرط في تشخصه وتعينه فان اراد ذلك فليذكر جنسه وقدره والا ثبت بالرد اجرة المثل انتهى وهذا كله يوافق ما حكيناه عن ولد المصنف وهو ظاهر التبصرة و يرشد الى ذلك مافي المسالك من الاستدلال على جواز كون العوض مجهولاً باطباقهم عَلَى صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم اجرة المثل ونحوه قوله في الروضة في ذلك يرشد الى ذلك اتفاقهم عَلَى الحكم من غير تعرض للبطلان اي بطلان الجعالة ونظره في ذلك الى قوله في الدروس ولو كان مجهولاً فاجرة المثل قولاً واحداً من دون تعرض لبطلان الجعالة لكن يقال له اذا كانوا متفقين عَلَى صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل من اين حصلت الشهرة في المسالك عَلَى اشتراط كونه معلوماً في صحة الجعالة و بين الدعوين اربعة اسطر ثم ان صريح التذكرة والكتاب في احياء الموات كما سمعت انه يفسد العقد وكذا غيرهما وانت اذا لحظت كلام الروضة ظهر لك انه لم يصل الى مراده في اللمعة ولعلنا نبينه فيما يأتي انشاء الله تعالى وظاهر المصنف الميل الى التفضيل الذي ذكره وقد فهم منه المحقق الثاني انه مختاره وقال انه قوي وفي التذكرة انه اقوى وفي الايضاح انه اصح وفي الروضة لا بأس به وكأنه مال اليه في المسالك وهو خيرة مجمع البرهان عَلَى الظاهر وفي الكفاية انه غير بعيد وفي المفاتيح انه اظهر هذه اقوال المسألة (احتج عَلَى الاول) في التذكرة بانه لا حاجة الى الجهالة فيه بخلاف العمل وبان العمل في الجهالة لا يصير لازماً والعوض يلزم بوجود العمل فوجب كونه معلوماً وبانه لا يكاد يرغب احد في العمل اذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد (واورد عَلَى الاول) بان الفرق غير تام لان امرهما مبني عَلَى احتمال الغرر وقد تمس الحاجة الى جهالة العوض كما تمس الى جهالة العمل بان يريد تحصيل الابق ببعضه وعمل

(المطلب الثاني) في الأحكام الجعالة جائزة من الطرفين « متن »

الزرع ببعضه وقد لا يريد العامل الا ثوباً كائناً ما كان لمكان شدة البرد ونحو ذلك (واستدل) في المسالك باطباقهم عَلَى صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم اجرة المثل مع ان العمل الذى ثبت اجرة مثله غير معلوم عند العقد بل يحتمل الزيادة والنقصان انتهى فتأمل (وعَلَى الثاني) بانه انما يتم فيما اذا كان العوض مجهولاً بحيث لا يمكن تسلمه ولا تسليمه واما اذا كان معلوماً في الجملة كالصبرة والدابة والثوب ونصف الابق والزرع فلا فهو مثل العمل فانه لو كان مجهولاً بالكلية لم يصح كما تقدم (وعَلَى الثالث) بان العادة مطردة بالرغبة في اعمال كثيرة مجهولة بجزء منها مجهول وانما الكلام والتوقف في صحة ذلك وقد ورد النص بجواز جعل السلب للقاتل من غير تعيين كقوله صلى الله عليه وآله وسلم من قتل فله سلبه ثم انه مع عدم الرغبة والرضا لا بد من التعيين ان احتاج اليه لتحصيل ماله ونحن لم نوجب عليه التجهيل بل نجوز له ذلك ان وجد راغب والا عين ان اراد قال المقدس الاردبيلي لا نجد عَلَى اشتراط المعلومية دليلاً ولا فرق بين العمل والعوض فان امكن تسليمه العوض واخذه بحيث لا يقع فيه نزاع ووجد الراغب جازت الجهالة فيه ومما ذكر يعلم الوجه في التفصيل (ووجه) كلام فخر الاسلام والشهيد ان مثل قوله من ردّ عبدي فله مال او شيء يعدّ جعالة لانها لا تنحصر في لفظ اذ العلم بقدر العوض وجنسه غير شرط في تحقق الجعالة لاتساعها و بنائها عَلَى الجهالة في احد العوضين فكان امرها مبنياً عَلَى احتمال الغرر وانما هو شرط في تشخيص العوض فان اراد التعيين ذكر قدره وجنسه والا يذكر قدره وجنسه وانما قال له مال او شيء ثبت بالرد اجرة المثل فاجرة المثل منزّلة منزلة الشيء فكان كأنه لما قال له لك شيء او مال اراد ان لك اجرة المثل فثبوتها في هذا العقد ليس لبطلانه فتصح ايضاً فيما اذا قال اذا فعلت كذا فانا ارضيك واعطيك ونحو ذلك و يثبت له اجرة المثل ومما ذكر يعلم الحال في قوله في اللمعة فان اراد التعيين فليذكر جنسه وقدره والا ثبت بالرد اجرة المثل وقد فسر في الروضة قوله والا ثبت بانه ان لم يذكر القدر اصلاً او ذكره ولم يعينه ثبت اجرة المثل ثم انه قال انه يشكل الى آخر ما قال(وانت خبير) بانه لو استدعى الرد ولم يبين اجرة المثل فالراد عند الشهيد في ظاهر اللمعة متبرع لاصالة البرائة كما لو استدعاه مجاناً ويأتي استشكال المصنف فيه ولو سلم انه مشمول لعبارة اللمعة فمن حيث اثباته اجرة المثل لا يأتي فيه الاشكال الذي ذكره الا انها هل هي بمقتضى العقد ام لا فكلام آخر فليلحظ ذلك من اراده (وليعلم) ان التفصيل انما هو فيما اذا كان العبد مجهولاً كما هو واضح فلو كان معلوماً فاولى بالصحة الا ان تمنع الاستيجار عَلَى الارتضاع بجزء من المرتضع بعد الانفصال واليه اشار في التذكرة في آخر المسألة

﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾

(قوله) ﴿ الجعالة جائزة من الطرفين ﴾ كما صرح به في المبسوط وسائر ما تأخر عنه الا ما قل وفي التذكرة انها عقد جائز من الطرفين اجماعاً كما تقدم ايضاً وفي الكفاية انه لا يعرف فيه خلافاً وفي المسالك انه لا خلاف فيه سواء جعلناها عقداً او ايقاعاً لانها بمنزلة امر الغير بعمل له اجرة فلا يجب المضي فيه من الجانبين (قلت) الخلاف معروف من ابي علي قال لو جعل عاماً لمن جاء بالابق فخرج الناس عند عمومه بما جعل من الجعل فاشهد المولى عَلَى نفسه بانه قد فسخ ما كان جعله لم ينفسخ بذلك حكاه عنه في المختلف فليتأمل في اطلاق ابي علي وقوله في الشرائع انها لازمة من طرف الجاعل الا ان يدفع اجرة ما عمل حيث يكون قد تلبس العامل بالعمل لا يقتضي اللزوم لان المراد جواز تسلط كل منهما عَلَى فسخه سواء ترتب عَلَى ذلك لزوم عوض في مقابلة العمل ام لا (ولك ان تقول)ان قولهم ان الجاعل يدفع اجرة ما عمل العامل وان الماضي عليه اجرته ونحو ذلك عَلَى اختلافهم في التعبير مع المحافظة عَلَى لفظ الاجرة واوضح من ذلك ما قاله في الدروس

فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيءَ له لانه اسقط حقه وكذا للجاعل قبل التلبس بالعمل مطلقا و بعده فيدفع اجرة ماعمل « متن »

وعليه فيما مضى بنسبته الى الجميع يقضي بكونها لازمة بالنسبة الى ما مضى لانه يقضي بعدم ابطال السابق بالفسخ والمراد بالجواز بل المتبادر منه ابطال دفع حكم العقد مطلقاً وهو يقتضي ثبوت اجرة المثل لما سبق من العمل عَلَى ان ثبوت اجرة المثل لا تقتضي البطلان عند الشهيد وغيره فتكون عندهم جائزة من طرف العامل لازمة من طرف الجاعل كالرهن لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن و بكونها لازمة من طرف المالك فيما مضى صرح في جامع المقاصد في اثناء كلام له فيما يأتي لكن ما يفهم من المبسوط والشرائع والارشاد والتبصرة من ان فسخ الجاعل متوقف عَلَى دفع الاجرة ليس بمراد قطعاً لمخالفته للاجماع كما في المسالك لانه اذا فسخ بطل العقد من حينه ولزمته الاجرة سواء دفعها ام لا (قوله) ﴿ فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيءَ له لانه اسقط حقه ﴾ وابطل المنفعة عَلَى نفسه كما في المبسوط والتحرير والروضة وكذا في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي الكفاية انه المشهور لان المالك لم يجعل له العوض الا في مقابلة مجموع العمل ولم يحصل غرضه ولم يأت العامل بما شرط عليه العوض ولما كانت جائزة لم يثبت فيها شيءٌ الا بالشرط بخلاف الاجارة فانها لازمة تستقر الاجرة شيئاً فشيئاً واحتمل في السبعة المتأخرة انه لو كان الجعل عَلَى نحو خياطة ثوب فخاط بعضه وجوب حصته قالوا و يقوى الاحتمال لو مات او شغله ظالم ثم ان بعضهم استظهر ذلك كالمولى الاردبيلي و بعضهم نفى عنه البأس كالشهيد الثاني وغيره والمدار عندهم عَلَى العمل الذي تقابل اجزائه بالاجرة كبناء الحائط و تعليم القرآن بل احتمل المحقق الثاني ثبوت الحصة مطلقاً لكن قال الشهيد الثاني انه لا اشكال في عدم استحقاق شيءٍ في نحو ردّ العبد لانه امر واحد لا يتقسط العوض عَلَى اجزائه ونحوه ما في الكفاية والمفاتيح ﴿ تذنيب ﴾ لو فسخ العامل ثم اراد العمل فهل ينفسخ العقد ام يستمر ايجاب الجاعل احتمالان ذكرهما في جامع المقاصد من دون ترجيح وربما بني ذلك علي ان الجعالة عقد ام لا فعلى الاول يحتمل الانفساخ لان ذلك قضية العقد الجائز وعدمه لان العبرة بايجاب المالك واذنه وذلك امر لا قدرة للعامل على فسخه وعلى الثاني يتجه عدم بطلانها لمكان بقاء الايجاب والاذن ومعنى قولهم يجوز للعامل الفسخ انه لا يجب عليه الوفاء بالعمل وان بقي حكم الاذن (قوله) ﴿ وكذا للجاعل قبل التلبس بالعمل مطلقاً و بعده فيدفع اجرة ما عمل ﴾ اي له الفسخ قبل التلبس بالعمل و بعده لكنه حيث يفسخ بعده يدفع اجرة ما عمل وفي جامع المقاصد لا موقع لقول المصنف مطلقاً كما لا يخفى قال وفسره الشهيد في حواشيه بان معناه ان له ذلك من غير شرط بذل عوض ولا محصل له (قلت) لعله اراد سواء كان العمل مما يوزع على الاجرة او لا كردّ الآبق وان شرع في المقدمات او سواء كانت عقداً او ايقاعاً عين العوض ام لا وكيف كان فنحو ما في الكتاب كلام المبسوط والشرائع والتبصرة والارشاد والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح لكن عبارات الاربعة الاول تعطي توقف الفسخ على دفع الاجرة كما نبهنا عليه فيما مرّ وعبارتا الدروس واللمعة تعطيان اللزوم بالنسبة الى ما مضى وكذا غيرهما كما تقدم ايضاً (والوجه) فيما ذكروه من انه اذا فسخ بعد التلبس وقد عمل ما يوجب اجرا دفع اليه اجرة ما عمل انه انما عمل بعوض لم يسلم له ولا تقصير من قبله والاصل في العمل المحترم الواقع بامر المالك ان يقابل بالعوض ولو قلنا انه لا عوض له لو فتحنا هذا الباب لكان للانسان ان يكمل اكثر عمله بغير عوض (واما) اذا تلبس ولم يكن عمل عملاً يقابل بالاجرة فلا شيءَ له اصلاً ان تم الفرض (والظاهر) ان المراد بالعوض حصته بنسبة ما فعل الى المجموع من العوض المبذول كما هو صريح الدروس لانه العوض الذي اتفقا عليه فلا يلزم غيره خصوصاً اذا زادت اجرة المثل عنه لقدومه عَلَى انه لا يستحق سواه وهو خيرة المسالك والروضة والكفاية لكن قوله في التذكرة عليه للعامل اجرة مثله

و يستحق العامل الجعل بالتسليم فلو جاء به الى باب منزله فهرب او مات لم يستحق شيئاً و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة و يعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت او نقصت قبل التلبس والا فبالنسبة « متن »

بخلاف ذلك ظاهراً ووجهه انه بالفسخ بطل حكم العقد ولما كان العمل محترماً جبر باجرة المثل كما لو فسخ المالك القراض (وفيه) ان المشروط للعامل في القراض جزء من الربح فقبل ظهوره لا وجود له حتى ينسب اليه ما فعل بخلاف عامل الجعالة فانه مضبوط يمكن الاعتماد عَلَى نسبته وهذا انما يتم فيما يتوزع عَلَى اجزائه الاجرة لا فيما هو نحو رد الآبق ولم يحصل في يده وقد فسخ ويتم فيما اذا فسخ وقد صار في يده وحينئذ ففائدة الفسخ عدم سلامة جميع العوض له عَلَى هذا التقدير بل يستحق لما سبق بنسبته و يبقى له فيما بعد ذلك اجرة المثل على ما يعمله الى ان يتسلمه المالك وهو حفظه عنده ونحوه اذ لا يجب عليه رده على المالك بل تمكينه منه ان كان قد علم بوصوله الى يده وان لم يعلم وجب اعلامه فاندفع ما اشكل على المحقق الثاني من انه في هذه الصورة لا يكاد يتحقق للفسخ معنى اذ لا يجوز له تركه بل يجب تسليمه الى المالك او من يقوم مقامه فلا تحقق فائدة للفسخ حينئذ هذا (وليعلم) ان العقد انما ينفسخ اذا علم العامل بالفسخ من الجاعل والا فهو على حكمه فلو عمل استحق تمام العوض كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل (قوله) ﴿ و يستحق العامل الجعل بالتسليم ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وذلك مع التصريح بالجعل على ايصاله الى يده او الاطلاق لتعلق الاستحقاق بالرد والمتبادر منه الى اليد ولم يحصل وقال المقدس الاردبيلي ان كان العمل الذي شرط له مستلزماً للتسليم او شرط فيه ذلك لزمه ذلك والا فلا فلو قال من رد عبدي الى هذا البلد فله كذا لم يجب التسليم وكذا لو قال من خاط لي هذا الثوب فالظاهر انه يستحق بالعمل دون التسليم (قلت) الاول خارج عن الفرض و به صرح في الروضة والثاني جيد وقد قيل مثله في باب الاجارة و يترتب عَلَى ما قالوه انه ليس للعامل حبس العبد ليتسلم العوض لان الاستحقاق بالتسليم فلا يتقدم عليه (قوله) ﴿ فلو جاء الى باب منزله فهرب ﴾ اي لم يستحق شيئاً كما هو المفروض في كلامهم (قوله) ﴿ او مات لم يستحق شيئاً ﴾ كما في التذكرة والمسالك وان كان بداره كما في الروضة وزاد في الاول ما اذا غصبه غاصب (قوله) ﴿ ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة ﴾ هذا هو الاقوى كما في الايضاح لان المانع ليس من قبله وان رد الممكن عادة قد حصل وتسليمه من الموت ليس داخلاً تحت قدرة البشر وكأنه ميل اليه في جامع المقاصد والروضة وفي المسالك ان الفرق ضعيف لاشتراكهما في المقتضي اذ لا دخل في ذلك لاستحقاق الجعل عَلَى العمل المخصوص المنفي في الصورتين (قوله) ﴿ ويعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت او نقصت قبل التلبس والا فبالنسبة ﴾ قد صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان بانه يعمل بالمتأخرة من الجعالتين وقد قيد ذلك في التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان بما اذا سمع العامل الجعالتين وهو مراد من اطلق وفي اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انه لو سمع احداهما خاصة فالعبرة بما سمعه لا غير ومعناه انه اذا سمع الاولى خاصة استحق الجعل الاول وقال في التذكرة انه لو لم يسمع العامل الجعالة الاخيرة فلا بأس بالرجوع الى اجرة المثل ويأتي تحقيق الحال وقيد ذلك ايضاً في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان بما اذا سمع الثانية قبل الشروع في العمل كالكتاب واما اذا سمع الثانية بعد الشروع في العمل ففي الكتاب وجامع المقاصد والمسالك والروضة ان له من الاولى بنسبة ما عمل الى الجميع وفي الثلاثة الاخيرة ان له من الثانية بنسبة الباقي عَلَى اشكال في ذلك لجامع

ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولا شيء له «متن»

المقاصد والمسالك يأتي بيانه ودفعه وفي التذكرة انه اذا سمع الثانية بعد الشروع في الاولى فالاقرب الرجوع الى اجرة المثل لان الجعالة الثانية فسخ للاولى والفسخ في اثناء العمل يفضي الى اجرة المثل ولم يفرق المصنف في الكتاب والتذكرة والتحرير والمحقق في الشرائع بين ما اذا زادت الجعالة الثانية او نقصت وهو قضية اطلاق الباقين واطلاق الجميع شامل لما اذا كانتا مطلقتين او الثانية مقيدة بالزمان او المكان وهو محمول عَلَى ما اذا كانتا مطلقتين اما مع التقييد فلا بد من التفصيل الآتي في هذا تحرير كلام الاصحاب (وتنقيح البحث) ان يقال كما يجوز فسخ المالك لاصل الجعالة وابطالها رأساً يجوز في قيودها من صفات الجعل بالزيادة والنقصان والجنس والوصف والمكان والزمان قبل التلبس بالعمل وبعده قبل اكماله فاذا عقب الجعالة عَلَى عمل معين باخرى وزاد اونقص فقد ابطل الاولى وجعل بدلها الاخرى فان كان قبل ان يشرع في العمل عمل بالاخيرة وان كان قد سعى العامل في الرد من دون ان يتسلم الضالة او العبد ذهب سعيه ضياعا بلا اجرة لان العمل هنا الرد والذهاب ليس منه نفسه وانما هو من مقدماته فكان كأنه لم يسمع وان كان بعد الشروع في العمل كأن كان خاط بعض الثوب الذي قد جعل عليه اولا مائة مثلا ثم جعل عليه ثانياً عشرة فقد سمعت ما في التذكرة من انه يرجع الى اجرة المثل فيما عمل وعرفت وجهه (وفيه) ما تقدم مثله من انه اذا (قد خ ل) اقدم عَلَى المسمى فليستحق بالنسبة منه فلا يتجه الرجوع الى اجرة المثل خصوصاً اذا كانت ازيد منه نعم لو قيل بثبوت اقل الامرين من اجرة المثل ونسبته الى المسمى لكان وجهاً في الجملة والمصنف في الكتاب ومن وافقه قالوا له من المائة بنسبة ما عمل قبل الجعالة الثانية لان ذلك رجوع عن الاولى وهو من جهة المالك فيجب عليه ذلك كما تقدم وان كان قد عمل ايضاً بعد سماعه الثانية فله من الثانية بنسبة الباقي اذا اكمل العمل (لكن) في هذا اشكال ينشأ من انه انما جعل الجعل الثاني عَلَى مجموع العمل ولم يحصل والعامل عالم بالحال فكان عمله بعد سماعه الثانية واقعاً بدون عوض مبذول من المالك في مقابلته لان الجعالة لا تقابل بالاجزاء الا في مواضع فنفرض هذا فيما اذا قبض العبد في بلاد نائية وسمع الجعالة الثانية بالتقريب الذي ذكرناه آنفاً في دفع ما اشكل عَلَى المحقق الثاني فلا تكون هذه الجعالة مما تقابل بالاجزاء (ويجاب) عنه عَلَى ما فيه مما لا يخفى بانه عمل عملاً وقد اتمه بامر المالك بالعوض الذي عينه ولا سبيل الى اجرة المثل لان العوض معين ولا الى مجموع الجعل الثاني لانه لم يعمل مجموع العمل بعد الامر به فلا مناص عن التوزيع وهذا كله اذا كان قد سمع الجعالتين اما لو سمع احداهما خاصة فانه يستحق الجعل فيما سمعه كما عرفت وقد سمعت ما في التذكرة واما اذا كانت الثانية مخالفة للاولى في الزمان والمكان كما اذا كان قد قال من رد عبدي يوم الجمعة فله مائة ثم قال من رده يوم السبت فله دينار او قال من رد عبدي من الشام فله مائة او من بغداد فله دينار فالظاهر عدم المنافاة فيلزم ما عين لكل واحد من الوصفين لمن عمل فيه وكذا لو كانت الاولى مطلقة والثانية مقيدة بزمان او مكان وكان جعل الاولى اقل وان كانت الثانية اقل احتمل الرجوع وان يحمل المطلق عَلَى غير صورة المقيد فليلحظ ذلك كله وليتأمل فيه لان الاصحاب اطلقوا ولعلهم لحظوا ان المتبادر في العرف الرجوع عن الاولى وابطالها رأساً (قوله) ﴿ ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولا شيء له ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وكذا المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد لكن لم يذكر فيها وجوب الدفع ولعله لانه لا يجب وانما يجب الاعلام والتخلية ولعل المصنف والمحقق ارادا به الرد او اعلام المالك والتخلية (وكيف كان) فقد نسب انه لا شيء له اذا حصل في يده قبل الجعل في التذكرة الى اكثر علمائنا وقواه وانما ذكرنا ما نسب اليه في جامع المقاصد والمسالك والكفاية من التفصيل فيما اذا قال من رد علي مالي فله كذا فرده من كان المال في يده قال نظر فان كان في رده مؤنة كالعبد الآبق استحق الجعل وان لم يكن كالدراهم

وكذا المتبرع سواء عرف برد الأباق اولا وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع او لم يجعل وان لم يقصد التبرع ولو بذل جعلا غير معين كقوله من رد عبدي فله شيئ لزمه اجرة المثل الا في رد الآبق اوالبعير ففي رده من المصر دينار ومن غير مصره اربعة دنانير وان نقصت قيمة العبد اوالبعير فاشكال « متن »

والدنانير فلالأن مالاكلفة فيه لا يقابل بالعوض كما تقدم ولعل ذلك منهم لاتحاد الطريق وقد استوجهه المحقق الثاني وفيه نظر ظاهر (والوجه) فيما ذكر في الكتاب وما وافقه ان الدفع واجب عليه حينئذ فلا يستحق اجراً عليه اذلاجعل عَلَى الواجب ولا عمل بالاذن يستحق به وظاهر الكفاية التوقف وكذا مجمع البرهان وهو في محله والظاهر ان الدلالة لا تجب عليه اذا لم تكن في يده الا اذا كان من باب الاستدعاء للشهادة كأن يقول من كان عنده شهادة فليشهد او كان من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كأن يكون من حصل المال في يده عالماً بانه ليس له و يريد اكله واتلافه و بدون ذلك لا يجب ومنه يعلم حال ما في العبارة وكلام المحقق الثاني وما تقدم فيما اذا قال من دلني والجعل بفتح الجيم واسكان العين الاتيان بصيغة الجعالة (قوله) ﴿ وكذا المتبرع سواء عرف برد الاباق او لا وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع او لم يجعل وان لم يقصد التبرع ﴾ هذا تقدم الكلام فيه في اول الباب وقلنا ان الشيخين وابن حمزة يقولون بان من ردّ العبد او البعير استحق من غير شرط ويأتي ماله نفع تام في ذلك في موضعين وقد جعل المصنف في العبارة المتبرع عَلَى اقسام فلتلحظ (وقد يقال) ان في العبارة مناقشة لان هذا الوصل لا يتضح اندراجه في قوله وكذا المتبرع لان المتبادر من التبرع قد يخالف من لم يقصد التبرع الا ان يقال ان من لم يقصد واحداً من الامرين متبرع فيكون من جملة افراد المتبرع كذا قال في جامع المقاصد وقد يكون اراد بيان انه اذا لم يجعل المالك سواء استدعى ام لم يستدع وقصد العامل الاجرة يكون متبرعاً حكماً وان لم يقصد التبرع كما يأتي ذلك في كلام المصنف عَلَى اشكال له فيما اذا استدعى وعبارة الكتاب عين عبارة التذكرة حرفاً فحرفاً (قوله) ﴿ ولو بذل جعلاً غير معين كقوله من ردّ عبدي فله شيئ لزمه اجرة المثل الا في رد الآبق اوالبعير ففي رده من المصر دينار ومن غير مصره اربعة دنانير وان نقصت قيمة العبد او البعير فاشكل ﴾ اما انه يلزم بها اجرة المثل فيما اذا كان العوض مجهولاً في غير الآبق والبعير فقد حكي عليه الاجماع في الدروس قال فان كان مجهولاً فاجرة المثل قولا واحداً كما تقدم بيانه واما ان في رد العبد الابق من المصر الذي فيه مالكه دينار ومن خارجه اربعة دنانير اذا بذل المالك الجعل ولم يعينه وهو قضية كلام المقنعة والنهاية والوسيلة بالاولوية وهو قضية المنقول في المختلف من كلام القاضي لمن تأمله غير مستعجل وهو الذي فهمه منه في المختلف كما ستسمعه وصريح السرائر والشرائع والنافع والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف والمقتصر وجامع المقاصد وهو خيرة الدروس لانه قال اذا لم يذكر عوضاً وامر بالرد فالاولى العمل بالمقدر في الرواية فبالاولى بان يعمل بالمقدر فيها اذا امر وذكر العوض مبهماً (وهو المشهور) كما في النافع والمختلف والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي الرياض ان الشهرة بها عظيمة قديمة ومتأخرة وفي المهذب البارع والمقتصر ان الرواية ضعيفة لكنها تأيدت بعمل الاصحاب وشهرتها في كتبهم حتى صار العمل بها وبما الحق بها قريباً من الاجماع واختص الاخير بالاخيرة وفي المختلف انه قول من عدى الشيخين وظاهره الاجماع من غيرهما قال وقول الباقي يدل عَلَى عدم الاستحقاق الا ان يجعل جعلاً مطلقاً والقاضي من الباقي وفي الشرائع ان العمل عَلَى الرواية وهذا يشعر بالاجماع وفي غاية المرام نسبته الى المتأخرين كافة وقد عمل بها ابن ادريس الذي لا يعمل الا بالقطعيات وجعل ذلك عرفاً للشرع واشار في اثناء كلامه الى انه مقطوع به موظف من الشارع وقال في الخلاف ان اصحابنا رووا انه ان

ردّ العبد الآبق من خارج البلد استحق الاجرة اربعين درهماً وان كان من البلد فعشرة دراهم وقال دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم كما تقدم نقل كلامه برمته في اول الباب وقال في المقنعة بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فاتى بلفظ ثبتت دون وردت وقال في المبسوط قد روى اصحابنا فيمن رد عبداً اربعين درهماً قيمتها اربعة دنانير وهذه الاخبار المرسلة في المقنعة والخلاف والمبسوط مرسلة في السرائر ايضاً وقال ان ذلك موظف من الشرع وقال ايضاً الاخبار وردت في العبد وهو يدل عَلَى ان هناك اخباراً وهي خبر مسمع عن الصادق عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في الابق ديناراً اذا وجد في مصره وفي غير مصره اربعة دنانير لان الخبر لم يذكر فيه سوى الدينار والاربعة دنانير والاخبار المرسلة في الكتب الاربعة قد ذكر فيها الاربعون درهماً والعشرة دراهم فكانت غيرها وارسالها ينجبر بالشهرة مع تعاضدها وثبوتها والقطع بها عند المفيد وابن ادريس عَلَى الظاهر منهما وما يحكيه الفقيه كما يرويه فكانت حجة اخرى (والمخالف) في ذلك الشيخ في المبسوط وكاشف الرموز فقالا انه يستحق اجرة المثل وقال في المبسوط لان العقد فاسد وبه قال او اليه مال في الروضة لكن المصنف في المختلف فيما ياتي احتمل من كلام المبسوط الموافقة للمشهور واحتمل من اجرة المثل ما قرره الشارع وهو بعيد والمقداد قال لا يستحق شيئاً الا بجعل صاحبه ونسبه الى المبسوط والسرائر وفي المسالك ان الاصح الاعراض عن هذا الحكم اصلاً لضعف السند واختلاف الاصحاب في الحكم عَلَى وجه لا يجبر ضعفه عَلَى قواعدهم واستوجهه صاحب الكفاية (قلت) من قواعدهم ان الشهرة تجبر الضعف وهي معلومة ومنقولة منهما ومن غيرهما معتضدة بما يظهر من جماعة من دعوى الاجماع ومولانا الاردبيلي لم يبارح خطة التأمل في المقام والمصنف في التحرير استحسن حمل الشيخ رواية مسمع عَلَى الافضل فيما اذا بذل جعلاً غير معين وكل ذلك في غير محله وقد نشأ من ضعف التتبع وقلة التأمل في كلام الاصحاب ويرشد الى ذلك ما وقع لهم من الغلط في النقل فكاشف الرموز حكى عن المبسوط وابن ادريس انه لا يستحق شيئاً الا بجعل صاحبه ثم قال والاشبه انه يستحق اجرة المثل لانه اقرب الى العدل وهو غلط قطعاً لانهما انما ذكرا ذلك فيما اذا جاء بالعبد الابق والضالة واللقطة من غير جعل اصلاً معرّضين بالمفيد في المقنعة او منزلين كلامه عَلَى ما اذا بذل جعلاً غير معين واحتمال ان يكون اراد بجعل صاحبه فيما حكاه عنهما ما اذا بذل جعلاً غير معين او معيناً يدفعه قوله والاشبه الخ لان الشيخ يذهب فيما اذا كان غير معين الى اجرة المثل وابن ادريس الى الدينار والاربعة فلم يتفقا ايضاً عَلَى قول واحد فيتعين انه اراد بجعل صاحبه الجعل المعين وهو غلط ومنه يظهر لك غلط الفاضل المقداد وشيخنا صاحب الرياض حكى عن الدروس انه نسب العمل بالمقدر في الرواية الى المتأخرين والمنسوب فيه الى المتأخرين انه لا شيء للعامل اذا اتى بالعبد ابتداء من دون جعل اصلاً فالنسبة اليه وهم قطعاً وقد تضمنت جملة من عباراتهم تقدير الدينار بعشرة دراهم كالمقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والسرائر والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمقدس الاردبيلي لما لم ير سوى عبارة الارشاد والتذكرة قال لا وجه لتقريره بذلك لانه غير موجود في الرواية وما رأيته في موضع آخر سوى المتن والتذكرة وقد عرفت ان بذلك اخباراً مرسلة واجماعاً منقولاً في الخلاف فتأمل فضلاً عن اطباقهم عَلَى تقديره بذلك في باب الديات (ولا فرق) في العبد بين الصغير والكبير والمسلم والكافر والصحيح والمعيب ولا يتعدى الى الامة كما نص عليه في السرائر وغيرها قال في السرائر لان الاخبار وردت في العبد والانثى يقال لها عبدة وأمة واما البعير فقد سمعت ما في المقتصر من ان الحاقه بالآبق قريب من الاجماع ونسبه في المهذب الى كثير ممن تأخر عن عصر الشيخين وفي جامع المقاصد الى الاصحاب وفي المختلف ومجمع البرهان انه المشهور ودليله الاخبار المرسلة الموظفة من الشرع كما في السرائر مع انه لا يعمل الا ان يكون قاطعاً والاخبار المرسلة في المقنعة الثابتة عنده فضلاً عن النهاية التي هي متون الاخبار كما صرح به في خطبة المبسوط ويجبر الارسال الشهرة المحكية مضافاً الى ما في المقتصر ولا اقل من ان يفيدنا شهرة مضافاً الى ثبوت ذلك عند المفيد وابن ادريس والقطع بها عندهما عَلَى الظاهر

ولو استدعى الرد ولم يبذل اجرة فالراد متبرع عَلَى اشكال اقربه ذلك ان استدعى مجانا ولوجعل لفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه « متن »

منهما ولا يصدنا بعد هذا كله قول المحقق في الشرائع وما صنف في التذكرة وغيرهما بعدم الظفر بالدليل عَلَى ذلك مع ان المصنف حكم به هنا وفي الارشاد والتبصرة ومال اليه او توقف في المختلف ولا يفرق في البعير بين الصغير والكبير والذكر والانثى لانه بمنزلة الانسان كما في السرائر وغيرها (واما) الاشكال فيما اذا قصرت قيمتها عن الدينار والاربعة فيدفعه اطلاق خبر مسمع والاخبار المرسلة في الكتب الاربعة واجماع الخلاف في العبد واطلاق الاخبار المرسلة في الكتابين في البعير واطلاق الفتاوى والشهرات فيهما فان ذلك يقضي بعدم الفرق في وجوب المقدر بين نقصانه عن قيمتها وعدمه كما هو خيرة الشرائع والارشاد وكذا التحرير وهو قضية كلام السرائر او صريحها ذكره في اثناء كلام له وعن الصيمري ان الاطلاق هو المشهور الا ان نقول ان الاطلاق ينصرف الى الغالب لا النادر مضافا الى عدم الفائدة للمالك (وفيه) ان ذلك حق بالنسبة الى اطلاق الاخبار لا الفتاوى لانها قيود حتى ان مفهوم اللقب فيها معتبر فتدبر فيمكن جعل الشهرة المحكية قرينة عَلَى ارادة الفرد النادر (وفيه نظر) بل قد نمنع ان ذلك نادر اذ كانا يشملان الصغير والكبير والصحيح والمعيب والفائدة في العبد ظاهرة لان فيه صيانة له عن الرجوع الى الكفار والرد الى دينهم وتقويتهم به و يأتي الاخير في البعير (سلمنا) ان هذا الفرد خارج عن اطلاق النص فتجب حينئذ اجرة المثل لانه عمل محترم له عوض ولم يعينه المالك لكنه يشكل لو زادت اجرة المثل على المقدر شرعاً فينبغي ان يكون محل التخصيص ما اذا زاد المقدر عن اجرة المثل والا وجب المقدر لانتفاء المنافي حينئذ ولعله لذلك اختير في الايضاح ان الواجب اقل الامرين من اجرة المثل والمقدر شرعاً وفي الروضة انه يثبت اقل الامرين من قيمته والمقدر شرعاً

(قوله) ﴿ ولو استدعى الرد ولم يبذل اجرة فالراد متبرع ﴾ اي لا شيء له كما هو خيرة الشرائع والارشاد والتحرير وكذا مجمع البرهان وهو قضية كلام اللمعة لعدم التزامه بالاجرة والاصل برائة ذمته منها وطلبه اعم من كونه باجرة ومجانا فلا يجب عليه شيء لان العامل حينئذ متبرع حيث اقدم من غير بذل ويشهد له ما قاله في التذكرة لمن قال اعط فلانا الفا ففعل من انه لا يرجع وكذا لو قال اعتق او الق متاعك حتى يقول عني في الاولين وعلي ضمانه في الثالث واختير في التذكرة والمسالك والكفاية وكذا الايضاح والكتاب لمكان مفهوم الشرط الآتي ان عليه الجعل لانه عمل بالامر والفرض ان لمثله اجرة كما ذكروا ذلك فيمن امر غيره بعمل له اجرة فتجب الاجرة ما لم يصرح بالتبرع او يقصده العامل وهذا يقضي بالفرق بين قوله رد عبدي وقوله من يرد عبدي وقالوا فيمن امر غيره بالشراء واداء ثمنه انه يلزمه العوض وقالوا فيمن ضمن بسؤاله وادى انه يرجع وقد حكي عليه الاجماع في سبعة كتب صريحا وظاهراً وورد به خبران وما اختلف فيه اثنان وقوى في جامع المقاصد فيما نحن فيه انه ان دلت العادة عَلَى الاجرة في مثل هذا الفعل حمل الاطلاق عليه والا فلا وتمام الكلام في باب الضمان وفي الدروس ان الاولى العمل بالمقدر في الرواية وما ندري ماذا يقول في غير العبد ولعله يقول باجرة المثل وقد تسالموا جميعا عَلَى خلاف المقنعة والنهاية والوسيلة كما مر (قوله) ﴿ عَلَى اشكال اقربه ذلك ان استدعى مجانا ﴾ قد ظهر من الاستدلال للاقوال وجها الاشكال وانما هو فيما اذا استدعى الرد ولم يشترط اجرة ولا عدمها فالاستدعاء مجانا خارج عن محل النزاع لكن مفهوم الشرط يدل عَلَى الاستحقاق في محل النزاع كما نبهنا عليه آنفا (قوله) ﴿ ولو جعل لفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه ﴾ كأن قال من رد عبدي فله كذا فان رده واحد كان له الجعل فان رده اثنان كان بينهما فان رده جماعة كان بينهم بالسوية ان تساووا وقلنا ان الرد لا يقبل الاختلاف كما سيأتي لصدق لفظة من عَلَى كل واحدة من هذه المراتب وبه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة

ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل ولو جعل لكل من الثلاثة عَلَى الرد جعلا متفاوتا فمن جاء به منهم فله ماعينه له ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله وكذا لو عين لاحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى وللآخر بنسبة عمله من اجرة المثل ولو عين لواحد فتبرع اخر معه فللمعين النصف ولا شيءً للمتبرع « متن »

والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والكفاية ونظير الردّ من نقب هذ السور فله كذا فنقبه ثلثة نقباً واحداً ولو قال لجماعة انرددتم عبدي فلكم كذا فردّوه فالجعل بينهم يوزع عَلَى قدر العمل او عَلَى الرؤس ان كان لا يقبل الاختلاف (قوله) ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي المختلف انه المشهور كأن قال من دخل الدار فله دينار فدخلها جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً لان كل واحد منهم قد صدر عنه دخول كامل كدخول المنفرد والفرق بينه و بين الاول واضح لان الجعل في الاول لمن صدر عنه الرد مستقلاً منفرداً واحداً كان او متعدداً اذ الردّ لا يتعدّد والذي صدر عنه الرد بالاستقلال انما هو الجماعة ولم يصدر عن فرد واحد منهم ولا كذلك دخول الدار لكن لا بدّ من غاية معتد بها في الجعل عَلَى دخول الدار والا لم يصح ونظيره من ردّ عبداً من عبيدي فله دينار فردّ كل واحد عبداً هذا اذا كان الجعل امراً كلياً فلو تشخص مثل ان قال من دخل داري فله هذا العبد فدخل جماعة اشتركوا فيه اذا دخلوا دفعة و ينفرد به الاول فقط مع الترتيب لانه اخذه بفعله الدخول ولا جعل للثاني واما فيما عدى المثال فلا فرق بين ان يدخلوا دفعة او متعاقبين واحتمل في المختلف التساوي في مسألة الكتاب فيستحق الداخلون كلهم ديناراً واحداً لانه المبذول والعموم يقتضي التشريك لاالزيادة عَلَى المبذول (قوله) ولوجعل لكل واحد من الثلثة عَلَى الرد جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ماعينه له ولوجاء به اثنان فلكل نصف جعله ولو جاء به الثلثة فلكل ثلث جعله كما في المبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهذا اذا كان الفعل لا يقبل الاختلاف كردّ الآبق ان قلنا انه لا يقبل الاختلاف والظاهر انه مختلف الاحوال فتارة يختلف وتارة لا يختلف ولهذا اختلفت كلماتهم فيه فتأمل كما اذا قال لواحد ان رددت عبدي فلك عشرة وقال لآخر ان رددته فلك عشرون وقال لآخر ان رددته فلك ثلثون فكل من ردّه منهم فله جعله خاصة ولو ردّه اثنان كان لكل واحد منهما نصف ما جعله له ولو رده الثلثة كان لكل واحد ثلث ما جعله له اذا عمل كل واحد من الثلثة لنفسه اما لو قال احدهم اعنت صاحبي فلا شيءً له ولكل واحد منهما نصف ما شرط ولو قال اثنان عملنا لاعانة صاحبنا فلا شيءً لهما وله جميع ما شرط له ولو اعانهم رابع في الرد فلا شيءً له ثم ان قال قصدت العمل للمالك فلكل واحد من الثلثة ربع ما جعل له وسينبه المصنف عَلَى بعض ذلك وستسمع ما في التحرير وغيره وان كان الفعل يقبل الاختلاف كخياطة الثوب فخاطه ثلثة فلكل واحد منهم بنسبة ما عمل الى مجموع العمل مما عين له وكذلك الحال لو كانت اجرتهم متفقة متساوية كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد ومجمع البرهان سواء كان معيناً للكل او غير معين لهم فيكون المدار عَلَى اجرة المثل كما يأتي في كلام المصنف او معيناً لبعض دون آخر فيكون له اجرة المثل بالنسبة الى عمله وهو ثلثها وللمعين له ثلث جعله الذي عين له (قوله) وكذا لو عين لاحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى وللآخر بنسبة عمله من اجرة المثل كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروضة وحكمه واضح وقد ادرجناه فيما سبق ولو كان العمل يختلف باختلاف الاشخاص فلمن لم يعين له بنسبة عمله من اجرة المثل سواء زاد عن الثلث ام نقص (قوله) ولو عين لواحد فتبرع آخر

ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ولو قصد اجرة لنفسه فهو متبرع ولو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة ولو رد من ابعد لم يستحق ازيد بل المسمى ان دخل الاقل دون ضد الجهة عَلَى الأقوى ولو لم يجده في المعين فاشكال . والقول قول المالك مع اليمين في شرط اصل الجعل وشرطه في عبد معين « متن »

معه فللمعين النصف ولا شيء للمتبرع ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف اذا قصد المتبرع العمل لنفسه او للمالك كما في التذكرة والكتاب فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان وكذا التحرير وفي الدروس ما قابل عمله وفي الكتب الستة انه لو قصد مساعدة العامل فالجميع للعامل (قلت) هذا يتم اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه واحتمل في التحرير ان له النصف ايضاً هنا وحكي في الدروس والمسالك عن المصنف قولاً باستحقاق العامل الجميع حيث يشاركه الاجنبي لابنية مساعدته ولم نجده له (هذا) وقد يقال انه حيث يشاركه الاجنبي لابنية مساعدته لا يستحق العامل شيئاً لان كان اربط بقواعد الجعالة لان العامل لا يستحق الا بتمام العمل ولم يحصل مع المساعدة فتأمل وقال في المبسوط انه اي المتبرع يستحق نصف اجرة المثل وفي الشرائع انه بعيد وفي المسالك ان ضعفه واضح لانه لو استقل بالفعل لم يستحق شيئاً اجماعاً لتبرعه بالعمل فكيف يستحق مع المشاركة (قلت) الشيخ في المبسوط قال ما نصه انه لا يستحق شيئاً وعلى ما قلناه يستحق نصف اجرة المثل انتهى واحتمل في المختلف حمل قوله عَلَى ما قلناه الى آخره عَلَى ان من ردّ العبد فله ما عين وجعل ذلك عاماً مع الجعالة والاطلاق وجعل اجرة المثل ما قرره الشارع وهذا هو ما اشرنا اليه فيما سلف من ان الشيخ ليس مخالفاً للمشهور الذين عملوا بخبر مسمع (قوله) ﴿ ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ولو قصد اجرة نفسه فهو متبرع ﴾ قد تقدم الكلام فيهما (قوله) ﴿ ولو جعل للرد من مسافة فردّ من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة ﴾ كما في الشرائع والارشاد والدروس وهو معنى ما في المبسوط والوسيلة والتذكرة من قولهم فان رده من نصف الطريق فله نصف الجعل وهكذا وفي المسالك نسبته الى الاصحاب وغيرهم من غير نقل خلاف والوجه نسبة اجرة ما عمل الى الاجرة اجمع لا اعتبار (لا باعتبار خ ل) المسافة خاصة كما في المختلف وكيف كان فلا يخلو من نظر عَلَى قاعدة الجعالة كما في المسالك ومجمع البرهان (قلت) لانه ما فعل ما ضرب الجعل عليه لانه انما ضرب به عَلَى الرد من بغداد مثلا ولا يلزم منه ضرب جزئه لبعض الطريق وقد يكون الغرض متعلقاً برده من بغداد وكما لا يستحق اجرة لما زاد عن بغداد كما يأتي لا يستحق لما نقص الا ان يكون هناك قرينة دالة عَلى ان المطلوب الرد مع الاجرة وانما المعين للبعد لا غير فيستحق تمام الاجرة في الابعد وبالنسبة فيما دون كما في مجمع البرهان (قوله) ﴿ ولو رده من ابعد لم يستحق ازيد ﴾ كما في التذكرة والتحرير والمسالك ومجمع البرهان لان المالك لم يلتزمه فكان متبرعاً (قوله) ﴿ بل المسمى ان دخل الاقل دون ضد الجهة عَلَى الاقوى ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وان كان ابعد لان المراد بضد الجهة ما لم يدخل فيه المعين لانه لم يجعل في رده من غيره شيئاً فلا شيء له فكان كما لو جعل عَلَى رد شيء فرد غيره بل قد تقول فيما اذا دخل الاقل ان لا شيء له كما تقدم من (مع خ ل) ان الغرض قد يكون متعلقاً برده من خصوص بغداد ومع القرينة يتم في مسألة الضد ايضاً واما غير الاقوى فهو احتمال وجوب اجرة المثل لمكان الامر بالرد وضعف بان الامر كذلك لا يقتضي كون الرد من ضد الجهة مأذوناً فيه (قوله) ﴿ ولو لم يجده في المعين فاشكال ﴾ اقواه واصحه ان لا شيء له كما في الايضاح وجامع المقاصد لمكان انتفاء المجعول عليه والوجه الآخر ينشأ من انه أمر بالرد في الجملة فيستحق اجرة المثل وقد عرفت الحال (قوله) ﴿ والقول قول المالك في شرط اصل الجعل وشرطه في عبد معين ﴾

وسعي العامل في الرد بان قال المالك حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسكاً بالاصل ولو اختلفا في قدر الجعل او جنسه تحالفا وثبت اقل الامرين من الاجرة والمدعى الا ان يزيد ما ادعاه المالك على اجرة المثل فتثبت الزيادة و يحتمل تقديم قول المالك كالاصل «متن»

كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية تمسكاً بالاصل فيهما (ومعنى الاول) انه جائه بعبده او ضالته اولقطته او ثوبه مخيطاً وطالبه بالعوض فانكر المالك شرط الجعالة وقال لم اجعل لك شيئاً فالقول قوله مع يمينه (ومعنى الثاني) ان له عبدين آبقين فاختلفا في عين العبد الذي شرط في رده العوض فقال العامل شرطت لي في العبد الذي رددته وقال المالك بل شرطت لك في العبد الذي لم ترده فالقول ايضاً قول المالك مع يمينه ومثله ما لو قال المالك شرطت لك العوض على ردهما معاً فقال العامل بل على احدهما او على هذا الحاضر فيقدم قول المالك لاصالة براءة ذمته من المجموع وهل يثبت للعامل قسط من رده من المجموع يظهر من التذكرة ذلك وفيه ان المجعول عليه المجموع لا الابعاض ومثله ما لو اتفقا على وقوع الجعالة عليهما فرد احدهما كما يأتي (قوله) ﴿ وسعي العامل في الرد بان قال المالك حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسكاً بالاصل ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة لاصل برائة ذمته من حق الجعالة واصل عدم تقدم الجعل على حصوله في يده وان كان الاصل عدم تقدم وصوله الى يده على الجعل الا انه بتعارض الاصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء ولك ان تقول يعضد الاصل الثاني اصل عدم التبرع الا ان التعريف بظاهره يقطع ذلك و يقضي بما قالوا وهذا منهم بناء على ما تقدم من انه اذا حصل في يده الآبق قبل الجعل لا يستحق عليه وان رده لوجوبه عليه وعلى ما تقدم نقله عن التذكرة من انه اذا حصل في يده قبل الجعل وتوقف تسليمه على مؤنة وحصل الجعل ورده استحق الجعل لا يتم هذا الاختلاف لاستحقاقه على التقديرين وكلام جامع المقاصد فيما بناه على ما حكاه عن التذكرة غير محرر الا ان يكون غلط في ثلث نسخ وفي معنى حصوله في يده قبل الجعل حصوله بعده قبل علمه به وحصوله فيها من غير سعي مطلقاً لانتفاء السعي ووجوب تسليمه حينئذ وحكمهما يعلم مما ذكر في الكتاب ولعله لذلك تطابقت الكتب الثانية على عبارة الكتاب بانه ادعى الحصول قبل الجعل وترك فيها ذكر الحكمين وقال في جامع المقاصد على ظاهر قول المصنف وسعي العامل لا حاجة الى قوله قبل الجعل لانه ان كان له سعي فالمانع التبرع لا عدم السعي وان لم يكن فلا فرق بين ما اذا كان قبل الجعل او بعده وقد عرفت المراد من العبارة وغيرها (قوله) ﴿ ولو اختلفا في قدر الجعل او جنسه تحالفا وثبت اقل الامرين من الاجرة والمدعى الا ان يزيد ما ادعاه المالك على اجرة المثل فتثبت الزيادة ويحتمل تقديم قول المالك كالاصل ﴾ قد اختلف الاصحاب فيما اذا اختلف العامل والمالك في قدر الجعل على خمسة اقوال كما في المسالك والكفاية (الاول) ان القول قول المالك مع يمينه فاذا حلف ثبتت اجرة المثل وهو خيرة الشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي فيما حكي عنه وقال في المبسوط انه الذي يقتضيه مذهبنا اما تقديم قوله فلأن الاختلاف في فعله فيقدم فيه كما يقدم في شرط اصل الجعالة مع انه منكر بالنسبة الى دعوى الزائد والاصل برائة ذمته واما ثبوت اجرة المثل فلأن اليمين تنفي الزائد ولا يثبت ما يدعيه فتثبت اجرة المثل للاتفاق على ان العمل بعوض ولم يثبت فيه مقدر (الثاني) ان القول قول المالك بيمينه لما ذكر لكن يثبت اقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل لاعتراف العامل بعدم استحقاق الزيادة لو كان ما يدعيه اقل من اجرة المثل وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة ووجهه يظهر بادنى تأمل (الثالث) ان القول قول المالك مع يمينه لكن يثبت حينئذ اقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل واكثر الامرين من اجرة المثل وما يدعيه المالك ووجهه ظاهر ايضاً وفائدة اليمين حينئذ

نفي ما يدعيه العامل فلا اشكال في فائدة اليمين على تقدير مساواة ما يعترف به المالك لاجرة المثل او زيادته عليها وهو قول فخر الاسلام في الايضاح (الرابع) انهما يتحالفان لان كل واحد مدع ومدعى عليه ولا ترجيح لاحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد واعترض بان العقد متفق عليه وانما الاختلاف في زيادة العوض ونقصانه فكان كالاختلاف في قدر الثمن في المبيع وقدر الاجرة في الاجارة والقدر الذي يدعيه المالك متفق على ثبوته منهما وانما الخلاف في الزائد فيقدم قول منكره وقاعدة التحالف ان لا يجتمعا على شيء بل يكون كل منهما منكراً لجميع ما يدعيه الآخر ثم على تقدير التحالف يثبت ما ذكر في الكتاب (الخامس) انه يقدم قول المالك والثابت بيمينه ما يدعيه لا غيره وهو قول الشيخ نجيب الدين ابن نما وفي الدروس واللمعة والمسالك والروضة انه قوي لاصالة عدم الزائد مع اصل البرائة واتفاقهما على العقد المتشخص بالاجرة وانحصارها في دعواهما فاذا حلف المالك على نفي ما يدعيه العامل ثبت مدّعاه لقضية الحصر (والذي) يخطر بالبال انه يمكن ان يقال انه يمكن الجمع بين الاقوال حتى ترجع الى قولين لا غير التحالف وقول ابن نما لانا نقول ان الاول يرجع الى الثاني لان القائل بثبوت اجرة المثل من المعلوم انه يقول ان ذلك انما هو فيما اذا لم يكن ما يدعيه العامل اقل من اجرة المثل والا فلا يستحقها لاعترافه بعدم استحقاق ما زاد و برائة المالك منها فكيف تثبت له اجرة المثل وهو ينفيها عن نفسه فكان مبنى القول الاول على الغالب في احوال الناس من انه يدعي الزيادة كما هو واضح والقول الثاني يرجع الى الثالث لانه من المعلوم انه اذا كان مايدّعيه المالك اكثر من اجرة المثل فهو يعترف بان ذلك ثابت في ذمته للعامل والعامل لا ينكره فقد ثبت باتفاقهما فالقائل باقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل قائل قطعاً باكثر الامرين من اجرة المثل وما يدعيه المالك وانما جرى في ذلك على الغالب والا فكيف ينفي ما اتفقا عليه وهو واضح ايضاً والثالث يرجع الى الرابع لان كل من قال بثبوت اقل الامرين لا بدّ له وان يقول بالتحالف اذا لم يرض المالك باعطاء اجرة المثل (بيان ذلك) انه اذا ادعى العامل على المالك انه جعل له مائة فقال المالك جعلت لك خمسين لا غير فمن قال انه يثبت للعامل بيمين المالك اقل الامرين لا بد وان يقول انه اذا حلف انه لم يجعل له مائة لا يثبت للعامل اجرة المثل لو كانت ستين بمجرد يمين المالك اذ لعله صادق في دعواه انه خمسون ولعله اذا عرض عليه الحلف يقرّ او ينكل فلا بدّ له ان يقول انه اذا طلب المالك حلف العامل على انه ليس خمسين اجيب اليه فاذا حلف رجع الى الستين التي هي اجرة المثل لكن لما كان ذلك الى المالك فاذا كان باذلاً اجرة المثل وغرضه التخلص من المائة صحّ لهم ان يقولوا ذلك واما اذا كان غير باذل ولا راض بذلك الا بحلف العامل على نفي الخمسين فانه يحلفه فترك الجماعة له لظهوره ولم يقولوا انه يجب عليه دفع اجرة المثل قهراً او حتماً والا فلو كان مايدعيه العامل اقل من اجرة المثل لا معنى لحلف المالك ايضاً على الاقوال الاربعة فضلاً عن التحالف كان تكون اجرة المثل في المثال مائة وخمسين فكيف يكلف المالك الحلف على نفي المائة فالمدار في كلامهم على الغالب و يمكن توجيه هذا بان يقال ان المالك يريد ان يثبت ما ادعاه من ان المبذول خمسون فاذا حلف على نفي المائة وعرض الحلف على العامل على نفي الخمسين فلعله يمتنع و يقر بانها انما هي خمسون لا غير فاذا حلف على نفي الخمسين ثبت له اجرة المثل مائة وخمسون لكن لما اعترف بانها مائة لم يصح له المطالبة بالمائة والخمسين (فان قلت) اذا زاد ما ادعاه المالك عن اجرة المثل وحلف على نفي الزائد الذي يدعيه العامل فلا معنى لحلف العامل على نفي ما يدعيه المالك (قلت) قد عرفت ان البناء في ذلك على الغالب فلا يحتاج الى الحلف او ان فائدته انه لو دفع له ذلك قبل التحالف لم يكن دفعه على طريق المؤاخذة له بظاهر اقراره فقط لان المالك يدعي ان هذا المقدار هو المسمى بالتسمية و بعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقاً بمجرد الاقرار والمؤاخذة و بعد هذا فكل منهما مكلف فيما بينه و بين الله عز وجل (و كيف كان) فقد بان الوجه في التحالف وان المدار فيه على رضى المالك وعدمه بل يمكن اجرائه على قاعدة التحالف ولهذا صوّرنا صورة الاختلاف فيما اذا قال جعلت كذا

ولو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك ولو قال من رد عبديّ فله دينار فرد احدهما استحق نصف الجعل ان تساوى الفعلان « متن »

فقال بل جعلت كذا حتى يكون العقد الذي يكون العقد الذي تشخص بالعوض الذي يدعيه المالك غير العقد الذي تشخص بما يدعيه العامل فكان الاختلاف فيه كالاختلاف في الجنس فليتأمل جيداً اما اذا كانت صورة الاختلاف بينهما اني استحق عليك كذا بسبب الفعل الفلاني فقال المالك بل كذا فانه يحلف لنفي الزائد ولا يمين من طرف العامل فعلى ما صورناه يتعين التحالف اذا لم يرض المالك وتثبت اجرة المثل وعلى الصورة الثانية يتعين قول ابن نما ويرتفع الخلاف بالكلية لكن في الفرق بين الصورتين نظراً ظاهراً ولم يتضح لنا الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف في قدر الثمن في المبيع والاجرة في الاجارة وتمام الكلام في الاجارة وقال مولانا المقدس الاردبيلي ان العامل اذا ادعى اجرة معينة وحلف المالك سقط حق العامل في الدنيا فلا وجه في اثبات اجرة المثل قبل التحالف ولا بعده قال لكن كلامهم يقتضي اجرة المثل فالوجه غير ظاهر وقد عرفت ما وجهناه به هذا ولم يفرق بين الاختلاف في القدر والاختلاف في الجنس في الشرائع والتحرير والارشاد وكذا الايضاح وليس للجنس ذكر في الخلاف والمبسوط فنسبة القول فيه بتقويم قول المالك الى الشيخ كما في المسالك لعلها في غير محلها وقد قوّى في الدروس التحالف مع الاختلاف في الجنس وفي الروضة انه متعين وان تساويا قيمة وفي المسالك انه الاصح وتثبت اجرة المثل كأن قال العامل جعلت لي ديناراً او ثوباً فقال المالك بل درهماً او كتاباً لأن كلاً منهما منكر لما يدعيه الآخر وليس هناك قدر يتفقان عليه و يختلفان فيما زاد عليه بل مجموع ما يدّعيه احدهما ينكره الآخر وهي قاعدة التحالف فعلى ما في الكتاب ينظر الى قيمة الجنس واجرة المثل و يعطى اقل الامرين الا ان تكون اجرة المثل اقل مما ادعاه الجاعل او مساوية مع كونها اقل مما يدعيه العامل فيثبت ذلك له و يجب على الجاعل اعطاؤها ولم يجز للعامل طلبها منه ولكن كيف يتصرف الجاعل فيما ادعى انه الاجرة وكذا العامل في اجرة المثل مع اعتقاده انه يستحق العين الا ان نقول قد وقع الرضا منهما بعد التحالف باخذ هذا بدل حقه زاد او نقص ويجيء على قول ابن نما تعيين ما عينه المالك فليتأمل (قوله) ﴿ ولو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك ﴾ كما في الدروس وجامع المقاصد لان الاصل برائة الذمة من وجوب الجعل و يعتضد باصل عدم ما يدّعيه العامل (قوله) ﴿ ولو قال من رد عبديّ فله دينار فردّ احدهما استحق نصف الجعل ان تساوى الفعلان ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لان اجزاء الجعل يقابل اجزاء العمل والا يتساوى الفعلان فبالنسبة وقد ترك القيد في التحرير كما تركه بعض الشافعية ولا تغفل عما تقدم لنا من التأمل في ذلك (فروع الاول) قال في التذكرة الاقوى ان يد العامل على ما يحصل في يده الى ان يرده يد امانة ولم اقف فيه على شيء لكن النظر يقتضي ذلك لاصالة البرائة وقال في الدروس ان خبر السكوني وغياث يدلان عليه والخبر السالف في اللقطة فيه تفصيل قلت هي امانة مالكية كما تقدم في باب الوديعة (الثاني) قال في التذكرة لو قال ان علمت ولدي او علمتني فلك كذا فعلمه البعض وامتنع من تعليم الباقي فلا شيء له على اشكال وكذا لو كان الصبي بليداً لا يتعلم على اشكال كما لو طلب العبد فلم يجده قال اما لو مات الصبي في اثناء التعليم فانه يستحق اجر ما علمه لوقوعه مسلماً بالتعليم بخلاف ردّ الابق فان تسليم العمل بتسليم الابق وهنا ليس عليه تسليم الصبي ولا هو في يده ولو منعه ابوه فللمعلم اجرة المثل لما علم (الثالث) لو قال ان خطت لي هذا القميص فلك درهم فخاط بعضه فان تلف في يد الخياط لم يستحق شيئاً وان تلف في يد ربّ الثوب بعد ما سلمه اليه استحق من الاجرة بنسبة ما عمل قال في جامع المقاصد وفي الفرق في هذه المسألة ومسألة التعليم نظر (قلت) هذه الفروع لا تخلو من نظر يظهر مما تقدم في اول المطلب الثاني (الرابع) قال في الدروس مؤنة الدابة والعبد على المالك على الاقوى وقال في جامع المقاصد وكذا ما يلزم

ولو مات الجاعل بعد الرد اخذ الجعل من التركة ولو مات قبله فان لم يكن العامل قد عمل بطلت وكذا ان كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله (كتاب الغصب وتوابعه) «متن»

القماش ونحوه مما هو كالنفقة كالتمغا التي ان لم يبذلها ذهب المال او بعضه الذي هو ازيد من المطلوب عَلَى المالك لانه ملكه ويد العامل كيد الوكيل (قوله) ﴿ ولو مات الجاعل بعد الرد اخذ الجعل من التركة ﴾ كما هو واضح (قوله) ﴿ ولو مات قبله فان لم يكن العامل قد عمل بطلت ﴾ كما هو واضح ايضاً لان العقود الجائزة تبطل بالموت (قوله) ﴿ وكذا ان كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله ﴾ لان الفسخ ليس باختياره وما ادخل النقص عَلَى نفسه فله اجرة ما عمل بالنسبة اما لو فعل بعد موت الجاعل فهو متبرع والظاهر ان له الاجرة مع عدم علمه بموته وعلم الوارث بالجعالة عَلَى انه لم يذهب عَلَى المالك والوارث شيء لان المفروض ان لعمله عوضاً : والحمد لله حمداً كثيراً كما هو اهله والشكر لله والشكر طوله وصلى الله عَلَى خير خلقه محمد وآله الطاهرين

﴿ كتاب الغصب وتوابعه ﴾

قال في المسالك الغصب لغة اخذ الشيء ظلماً وقيل ظلماً جهاراً (قلت) ما زيد في القاموس وغيره عَلَى انه اخذ الشيء ظلماً نعم اخذه جهاراً معنى عرفي وقال ابن الاثير قد تكرر ذكر الغصب في الحديث وهو اخذ مال الغير ظلماً وعدواناً وبذلك فسر في الكتاب فيما يأتي والشرائع والنافع والارشاد والدروس واللمعة والتنقيح غير انه بدل الاخذ فيها بالاستقلال ونسبه في المسالك الى الاكثر ووسمه في التذكرة مع تعاريف اخر تأتي بانه المشهور وفي التحرير والايضاح انه الاستيلاء عَلَى مال الغير بغير حق وقد وسمه في التذكرة بانه مشهور ايضاً وقال في الايضاح للاصحاب فيه عبارتان وعبر عن العبارتين بهذين التعريفين وظاهره انه لا ثالث لهما وخرج بالاستقلال مالا اثبات فيه اصلاً كمنعه من ماله حتى تلف ومالا استقلال معه كوضع يده عَلَى ثوبه الذي هو لابسه وخرج بالمال الحر وخرج بمال الغير ما لو استقل بوضع يده على مال نفسه كالمرهون في يد المرتهن وبالعدوان اثبات المرتهن والولي والوكيل والمستأجر والمستعير ايديهم عَلَى مال الراهن والمولى عليه والموكل والموجر (قيل) وينتقض في عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعداً في غصب بحيث لم يستقل كل منهما باليد فلو ابدل الاستقلال بالاستيلاء لشمله لصدق الاستيلاء مع المشاركة (وفيه) انه لعل المراد بالاستقلال عدم مشاركة المالك والمتصرف بالحق (قيل) وينتقض بالاستقلال باثبات اليد على حق الغير كالتحجير وحق المسجد والرباط مما لا يعد مالا (وقد يجاب) بانه ليس المراد بالمال هو عين مال المغصوب منه بل ما هو اعم او يقال انا نشك في كونه غصباً فانه يعتبر في الغصب جواز الرجوع والاسترداد مع بقاء المغصوب والضمان مع تلفه وذلك غير متحقق فيما نحن فيه اما المسجد والمدرسة والرباط فظاهر مع عدم بقاء رحله واما في التحجير فبعد احياء الثاني يشكل الرجوع (وقال) المعترض فلو ابدل المال بالحق لشمل ذلك وابدل العدوان بغير حق في التعريف الثاني ليتناول من ترتبت يده عَلَى يد الغاصب جاهلاً ومن سكن دار غيره غلطاً او لبس ثوبه خطأ (ورد) بان هؤلاء ضامنون وليسوا غاصبين لأن الغصب حرام كتاباً وسنة واجماعاً وعقلاً فلا يتناول غير العالم وان شاركه في بعض الاحكام ولعل التعدي والتفريط في الامانات يدخل تحت الغصب والظلم ومما ذكر يعرف الحال في التعاريف الباقية ففي التبصرة والروضة ومجمع البرهان والرياض انه الاستيلاء على حق الغير عدواناً وفي الكفاية والمفاتيح انه الاستيلاء على حق الغير بغير حق وفي الوسيلة انه الاحتواء عَلَى مال الغير بغير تراض ومثله ما حكاه في التذكرة وقال انه المشهور ايضاً وهو الاستيلاء على مال الغير وقال في التنقيح ان الفقهاء يطلقون الغصب على ما ذكر في النافع وعَلَى ما يشبهه من المضمونات اما بالاتلاف مباشرة او

تسبيباً واما بالقبض بالبيع الفاسد ونحوه قول بعض الشافعية ان كل مضمون على ممسكه مغصوب وفي المسالك ان الاظهر اطلاقه على ما يقتضي الاثم وغيره والاغلب الاول وقال في مجمع البرهان قد رتبوا على الغصب احكاماً مخصوصة من الضمان على وجه خاص وغيره فهو قسم خاص من الاقسام الموجبة للضمان الخاص ولهذا قالوا انه حرام بالكتاب والسنة والاجماع وليس كل اسباب الضمان كذلك الا السرقة ونحوها والاخبار كذلك من العامة والخاصة مع انه ليس له موارد مخصوصة في الكتاب والسنة الا قليلاً من السنة وليس له معنى شرعي منقول من الشارع وهو ظاهر متفق عليه بل انما هو اصطلاح الفقهاء ولهذا وقع فيه الخلاف فيمكن ان يكتفى فيه بما يفهم من اللغة وما يثبت له من الاحكام اليقينية لان الاصل عدم النقل وعدم ثبوت حكمه الا ما ثبت بالاجماع والنص مما يفيد اليقين او الظن المعتبر شرعاً وقال ولا بد ان يعتبر في الاستقلال الاستيلاء والاستعلاء والتسلط اذ معلوم ان مطلق التصرف ووضع اليد ولو كان بالاستقلال ليس باستيلاء ويعلم الاستيلاء من مواضع من التذكرة وقال انه لا يسمى السارق في الخفية ضعيفاً انه غاصب (قلت) يأتي له في غصب الدار ما يخالفه وقال لا نتعب في تحقيق معناه اذ هو غير وارد في الشرع بحيث يكون الحكم الواضح المقرر متعلقاً به فمع تحققه يتحقق ويتبين الامر بل لا بد مع تحقيق معناه ان نتعب في استخراج حكمه وذلك كاف فلا نحكم بثبوت حكمه الا فيما ثبت فيه ذلك الحكم بالدليل فان كان هناك دليل غير الغصب فلا نحتاج الى تحقق الغصب وان كان في موضع مجرد كونه غصباً فيقتصر بما قدمناه في تعريفه فان وجدناه صادقاً عليه تحقيقاً وعلمنا ان حكم الغصب بالدليل حكم الغصب حكمنا به فيه والا رجعنا الى اصل عدم كونه غصباً وعدم زيادة في الغصب الا ما ثبت فتأمل انتهى (قلت) كلامه كما ترى وقد قال الصادق عليه السلام في خبر ابي ولاد في شأن البغل الذي استأجره حيث قال فلي عليه علفه لا لانك غاصب وقال امير المؤمنين عليه السلام اذا اغتصبت أمة فافضيت فعليه عشر قيمتها وقال ايضاً عليه السلام الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها وقال ابو الحسن عليه السلام في ذكره ما يختص بالامام وله صوافي الملوك ما كان في ايديهم على غير وجه الغصب لان الغصب كله مردود وفي الخبر من غرس او زرع في ارض مغصوبة فله الزرع والغرس وعليه الاجرة لصاحب الارض وفي خبر بين نبويين احدهما عامي من غصب ارضا الحديث وفي الخبر عن رجل اغتصب امرأة فرجها الحديث فيمكن ان يقال ان ابا ولاد ما كان ليفعل ذلك الا جاهلاً او ذاهلاً لانه حفص بن سالم الثقة الذي لا بأس به والحجر المغصوب في الدار من افراده الظاهرة ما اخذ سرقة وما اخذ جهاراً قهراً وكذلك الحال فيما في ايدي الملوك الكفار بل كثير مما في أيديهم مما اخذوه سياسة بزعمهم انه حلال لهم بل ولو كان حراماً في شرعهم وقد صرح المصنف في التذكرة ان السرقة نوع من الغصب واستدل على تحريم الغصب بقوله تعالى السارق والسارقة فاقطعوا فلا ريب انها نوع من الغصب كما هو قضية الاخبار وكلام الاصحاب وكلام اهل اللغة فلا يجدي استنباط غيره من كلامهم في بعض المواضع بل صرح في التذكرة وجامع المقاصد وغيرهما ان الغصب وحكمه يثبتان من دون عدوان كما لو اودع ثوباً عنده انسان ثم جاء واخذ ثوباً للمستودع على ظن انه ثوبه او لبسه المستودع على ظن انه ثوبه وقال في الاخير ان كل من لا حق له في اثبات اليد على الشيء عاد ظن خلاف ذلك ام لا الا ان يكون معنى العدوان فعل ما يعلم كونه ظلماً (قلت) ويدخل في ذلك بناء على ذلك ما لو خرج الانسان من مزار او دعوة (١) او جامع فوجد نعالاً مختلطة فجعل يرفع منها بعضاً ويضع بعضاً ليعلم نعله كما نص عليه في المهذب البارع وقد سمعت ما في الايضاح والتنقيح فلا يبعد ان يقال انه حقيقة شرعية في ذلك كله بحيث يشمل الغالط والغافل والجاهل لمن ترتبت يده على يد الغاصب والاخبار قد علمت ان بعضها مما يظهر منه ذلك كما سمعت ما في التذكرة وغيرها ويشهد له خرط ذلك في باب الغصب والاستطراد لعله يستبعد فيكون معيار الحقيقة الشرعية موجوداً فيه ويكون الحرام منه ما اخذ قهراً او سرقة وغيره غيره والاول هو المكلف

(١) الدعوة بفتح الدال مصدر دعا وبضمها الطعام الذي يدعى اليه وبكسرها ادعاء النسب (منه قدس سره)

وفيه مقاصد (الاول) في الغصب وفيه مطلبان (الاول) في الضمان واركانه ثلاثة (الاول) الموجب وهو ثلاثة (الاول) التفويت بالمباشرة وهو ايجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق (الثاني) التسبيب وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكره على الاتلاف « متن »

باشق الاحوال فيضمن العبد بقيمته وان زادت عن دية الحر ويكلف فيما اذا تلف المثلي بالمثل وان تضاعفت قيمته ولم نجدهم كلفوه بالاشق الا في مواضع قليلة كما ستعرف واما الضمان في الغالط وما ذكرناه معه فمما لا خلاف فيه سواء كانت غصباً او لم تكن فليس لجعلها غصباً حكم زائد وليس كل غاصب اثماً مكلفاً باشق الاحوال فليتأمل في ذلك كله فالنظر فيه مجال واسع لكن هذا اقصى ما يمكن ان يقال (قوله) ﴿ وفيه مقاصد الاول الغصب وفيه مطلبان الاول في الضمان واركانه ثلاثة الاول الموجب وهو ثلاثة الاول التفويت بالمباشرة وهي ايجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق الثاني التسبيب وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكره على الاتلاف ﴾ المراد بالموجب الموجب الذي هو اعمّ من الغصب كالرمي بالسهم فانه موجب للضمان ولا يعدّ غصباً لان الاسباب التي جرت العادة بالبحث عنها في باب الغصب ثلثة التفويت بالمباشرة والتفويت بالتسبيب واثبات اليد العادية وهو الغصب وفي عبارة الارشاد وفي الثالث مسامحة وعلى هذا اقتصر جماعة وبقيت اسباب اخر تأتي في اثناء الباب كالاستيام والاستعارة وقد عرّف المصنف هنا والشهيد في الدروس وغيرهما المباشرة بانها ايجاد علة التلف (قلت) لان الذي يضاف اليه التلف في العادة اضافة حقيقيّة يسمى علة والاتيان به مباشرة وقد عرف المصنف العلة في باب القصاص بانها ما يستند الفعل اليها وهما بمعنى من غير نظر الى التلازم بين العلة والمعلول كما يشهد به قطعهم بوجوب القصاص فيما اذا ضربه بما لا يقتل غالباً اذا قصد القتل فانه علة مع عدم التلازم وقد عرّف التسبيب هنا بما سمعت ومثله ما في التحرير وهو يوافق كلامه في باب الديات كما ستسمع ولعله احترز بقوله اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة عما اذا كان حدوث المقتضي للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً فانه لا يعد سبباً واراد بقصده كون شأنه ان يحصل لا ان يقصد كما يتوهم وعرّف في الارشاد والدروس بانه ايجاد ملزوم العلة وقال في غاية المراد التسبيب على ما فسره الفقهاء ايجاد ملزوم العلة قاصداً لتوقع تلك العلة وظاهر الجمع ان التعريف من الجميع وقال ومنهم من يفسره بانه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلة غيره وهو اعمّ من الاول لامكان سبب آخر بدل منه ومعنى الاول ان الحافر للبئر في الطريق مثلاً اوجد الملزوم الذي هو الحفر قاصداً لتوقع الوقوع الذي هو علة التلف وينبغي تأويل قوله قاصداً لان الحافر قد لا يقصد توقع تلك العلة مع انه يضمن قطعاً (ويبقى الكلام) في الملازمة اذ لا نجد ملازمة بين الحفر والتردي ولعلّ المراد بها كونه موقوفاً عليه ولا يتحقق الا بعد تحققه لا انه لازم لوجوده وفي الشرائع بانه كل فعل يحصل التلف بسببه ولعله اراد بواسطته او معه او عنده لكنه يشمل المباشرة لان التلف يحصل بواسطتها وعندها وفي جامع المقاصد ان الاولى ان يقال في تفسير التسبيب انه ايجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف بان يكون وجودها معه كثيراً وقد فسر السبب في قصاص الكتاب بماله اثر ما في التوليد كما للعلة لكنه يشبه الشرط من وجه وفسر الشرط بما يتوقف عليه تأثير المؤثر ولا مدخل له في العلية قال كحفر البئر بالنسبة الى الوقوع اذ الوقوع مستند الى علته وهي التخطي فالشرط هناك هو السبب هنا وجعل من اقسام السبب الاكراه وشهادة الزور وفسر السبب في باب الديات من الكتاب بانه كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره الا انه لولاه لما حصل من العلة كالحفر مع التردي ووجه هذا الاختلاف ان كل

(الثالث) اثبات اليد اذا كان بغير حق فهو غصب وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا « متن »

ماله دخل في هلاك الشيء واتلافه اما ان يكون بحيث يضاف اليه الهلاك والاتلاف في العادة اضافة حقيقية اولا يكون كذلك والذي لايكون كذلك اما ان يكون من شأنه ان يقصد به ما يضاف اليه الهلاك في العادة اولا يكون كذلك فالذي يضاف اليه الهلاك حقيقة يسمى علة والاتيان به مباشرة ولا يرد عليه ما اذا قتل بما لا يقتل غالباً غير قاصد القتل والقاتل خطأ وما لا يضاف اليه الهلاك ولكن يكون من شأنه ان يقصد به ما يضاف اليه الهلاك يسمى سبباً والاتيان به تسبيبا وقد يكون هذا القصد والتوقع لاجل تأثيره بمجرده فيه وهو علة العلة كشهادة الزور في القتل والاكراه وقد يكون بانضمام امور اليه بعيدة الحصول كحفر البئر وقد يختص اسم السبب بالنوع الاول وعليه بني الحكم في القصاص لان المدار فيه عليه لا على المال وقد يفسر بمطلق ما يقصد به حصول العلة فيقال السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة سواه ولكن لولاه ما اثرت العلة فلا يعتبر فيه الا انه لابد منه وعليه بني الحكم في الديات والغصب لان المدار فيهما على ضمان الاموال فعلى هذا يكون كل شرط سبباً فالحفر مع التردي يسمى سبباً تارة وشرطاً اخرى وتحصل الثمرة فيما اذا غصب شاة فمات ولدها جوعا فان قلنا انه فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه قلنا بانه يضمن ولدها وان زدنا على التعريف قولنا ولولاه لما اثرت العلة لم يضمن الولد لانه ليس بسبب ويمكن اعتياضه بغيره فهو اعم كذا قال في الايضاح وفيه تأمل اذ لعل الغرض من ازيادة الاحتراز عما اذا كان حدوث المقتضي للتلف نادراً كما تقدم فيكون المراد من الزيادة هو المراد من قولهم اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة وقد عرفت ما فسرناه به والا فظاهر كلام الايضاح عند التحقيق لايتم في جميع اقسام السبب اذ مراده على الظاهر انه لولا الغصب لما اثر الجوع في موت الولد مع ان الجوع يؤثر في موت الولد سواء حصل بواسطة الغصب او بحبسه عنها او بالاغراق في الحلب وهو معنى قوله فيمكن اعتياضه بغيره اذ معناه انه يمكن تأثير الجوع بغير الغصب ولا كذلك الحفر بالنسبة الى التخطي فانه لولا الحفر ما اثر التخطي ولكن الظاهر انه لا فرق لانه يقال هنا لولا الغصب ما اثر هذا الجوع وكذا يقال فيمن قدم الطعام المسموم لولا التقديم ما اثر هذا الطعام المسموم (وقال في المسالك) ما حاصله ان عرفنا السبب بانه ما لولاه لما حصل التلف ضمن لانه لولا غصب الام لما مات عادة فالسببية متحققة وان فسرناه بايجاد ما يحصل التلف عنده لعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيتوقف ثبوت سببيته على قصد الغاصب للشاة الى اتلاف الولد انتهى وفيه نظر وتمام الكلام يأتي عند تعرض المصنف للمسئلة وقد اعترض في جامع المقاصد على تعريف غاية المراد الذي نسبه الى الفقهاء بانه انما يصدق في الغاصب اذا قدم طعام الغير الى آكل مبيحاً له لانه قاصد حينئذ بالتقديم الاكل ولا ريب ان حفر البئر سبب وطرح المعاثر سبب بلا خلاف ثم قال والظاهر ان مراد الجماعة كون قصد توقع العلة باعتبار الشان فيكون تقديره هكذا التسبيب ايجاد ملزوم العلة الذي شأنه ان يقصد معه توقع تلك العلة (قلت) قد عرفت ان معنى القصد الحصول ولا ريب في عدم الحصر فيما مثل ونفي الخلاف انما هو في الباب والا فالظاهر انه لا خلاف في باب القصاص ان حفر البئر شرط والاختلاف على اختلاف الاصطلاح وقال مولانا المقدس الاردبيلي انه لا حاجة الى هذه الزيادة ولا الى تأويلها وقد فسر هو التسبيب بانه ايجاد سبب معد للاتلاف وقال انا ما نقدر على فهم التعريف المذكور في الارشاد فكيف مع الزيادة ونفى البأس عن تعريفه بانه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلة اخرى وقال ان لفظ عند غير مناسب (قلت) قد عرفت ان ظاهر الشهيد انطباق الفقهاء عليه كما عرفت المراد من التعريف وان الزيادة للاحتراز (قوله) ﴿ الثالث اثبات اليد واذا كان بغير حق فهو غصب وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا ﴾ قد تقدم الكلام مسبغا

ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده والمودع اذا جحد او عزم عَلَى المنع فهو من وقت الجحود او العزم غاصب «متن»

(قوله) ﴿ولا يكفي رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وكذا اللمعة وهو قضية كلام التبصرة وقال في التذكرة لا شك انه لا يكفي في الغصب رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده فلو منع غيره من امساك دابته المرسلة لم يكن غاصباً وهل يضمن قال بعض علمائنا لا يضمن وفيه اشكال فظهر انه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً لحمله في الروضة قوله في اللمعة فلو منعه من سكنى داره او امساك دابته المرسلة فليس بغاصب عَلَى انه غير ضامن غير جيد الا ان ينزل عَلَى ما يأتي وقد فرع عَلَى عدم كفاية رفع اليد في الشرائع والتحرير عدم الضمان في المثالين وبه صرح في النافع والتبصرة وشرح الارشاد لفخر الاسلام وفي المسالك والكفاية والروضة انه المشهور والمصنف استشكل في ذلك في التذكرة والكتاب فيما يأتي ونحوه ما في التنقيح من عدم الترجيح وفي المسالك والروضة والكفاية ما حاصله انه ينبغي ان يختص ما ذكره الجماعة بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك بان اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعات الدابة كما يتفق لكثير من الدور والدواب اما لو كان الحفظ متوقفاً عَلَى سكنى الدار ومراعاة الدابة لضعفها او كون ارضها مسبعة مثلاً وبالجملة حيث يكون التلف متوقعاً فان المتجه الضمان نظر الى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر وقد نسب الضمان في الاول والاخير لجماعة من المتأخرين وهذا الذي ذكراه هو الذي حققه المحقق الثاني واختاره واخذ يحاول استفادة ذلك من وصف الدابة بكونها مرسلة قال لانه لو لم يكن له دخل في توقع التلف بالحبس لم يكن لذكره فائدة بل كان لغواً (وفيه) ان من ذكر الوصف حكم بعدم الضمان ثم ان من ذكره ذكر الدار فالحال فيهما سواء فيمكن تحصيل الفائدة في ذكره (ثم) ان الجماعة قد فرقوا بين منعه عن امساك دابته وبين حبسه عن حراستها ففي الشرائع والتحرير وغيرهما الجزم بعدم الضمان في الاول والتردد في الثاني كما سيأتي (وكيف كان) فالضمان هو المحكي عن الشهيد في بعض فتاواه من دون تفصيل وهو الذي اختاره المحقق الثاني ايضا في حاشية الارشاد والمولى الاردبيلي وهو جيد جداً في صورة قوة سببية المانع وضعف المباشر وهو يرجع الى التفصيل بنحو اخر لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر ولا ضرار لانه الاصل في التضمين بالاسباب والاضرار صادق بمنع المانع المالك عرفاً فيتجه ضمانه وينقطع به الاصل بل قد نقول انه يتجه الضمان فيما اذا منعه من بيع متاعه في السوق فنقصت قيمته مع بقاء العين وصفاتها لاتحاد طريق الحكم بالضمان في المسئلتين وهو صدق الاضرار المنفي شرعاً ولا نجد الآن ما يقضي بتخصيص الضرر المنفي بما يكون متعلقه المال لا اكتسابه نعم في الدروس وجامع المقاصد والروضة انه لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية لم يضمن قطعاً وهذه اللفظة تجري عند من يعمل بالظنون مجرى الاجماع وبعدم الضمان في ذلك صرح في التذكرة وغيرها مستندين الى ان الفائت ليس مالاً بل اكتساب المال وهو كما ترى والشهيد في بعض فتاواه حكم بالضمان في ذلك فلو كان قطعياً ما خالفه فتأمل في ذلك كله جيداً ولو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان لعدم تحقق معنى السببية في التلف بالمنع من البيع اذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث علة التلف ومثل المنع من سكنى داره المنع من القعود عَلَى بساطه وغصب شاته حيث يموت ولدها جوعاً ولو كان الحيوان مشرفاً عَلَى الموت فمنعه من تذكيته او من بيعه ليذكيه المشتري فعلى ما قدمناه يكون ضامناً وفي جامع المقاصد ان الضمان لا يخلو من وجه لكنه لم يجد بذلك تصريحاً (قلت) لا حاجة بنا الى التصريح بعد عموم خبر الضرر فتدبر اذ يمكن ان يقال ان المانع سبب في تلف العين بمعنى فواتها عَلَى مالكها

(قوله) ﴿والمودع اذا جحد او عزم عَلَى المنع فهو من وقت الجحود او العزم غاصب﴾ اما اذا

ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل الا في الدابة فيكفي الركوب والفراش الجلوس عليه «متن»

بجحد فواضح كما في جامع المقاصد وبه صرح في التذكرة واما اذا عزم عَلَى الجحود فيقال فيه انه قد سبق ان المستودع لا يضمن بمجرد قصد الخيانة ما لم يخن بخلاف الملتقط وهذا مخالف له وقد اجاب عن ذلك الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمة هي انه اذا وجد للمجتهد حكمان مختلفان في مسئلة فلتوجيه كلامه طريقان احدهما تقرير النصين مهما امكن والاخرى تحصيل القولين اي اثبات خلاف له في المسئلة والعدول الى الثانية (اي الطريق الثانية لانه مؤنث) مشروط بتعذر الاولى (اذا تقرر هذا) فتقرير النصين هنا بأن يفرق بين ما ذكره سابقاً و بين ما هنا بأن المذكور سابقاً هو عدم كون المستودع خائناً وضامناً بمجرد قصد الخيانة والمذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المنع يصير غاصباً وضامناً ولا بعد في ذلك لانه بقصد الخيانة لم تخرج يده عن كونها يد نيابة للمالك في الحفظ اذ الفرض انه لم يقصد كون المال له فهو مع هذا القصد قائم بما استنابه المالك فيه مثبت يده باذنه فلم يحصل تعد ومجرد النية لا يوجب حصول التعدي بخلاف ما اذا قصد منع المالك من العين فان يده حينئذ لنفسه فلا يكون نائباً للمالك فلا يكون اثبات يده حينئذ هو المأذون فيه من المالك فيكون اثباتاً بغير حق فيصدق عليه تعريف الغاصب وقال في جامع المقاصد وهذا فرق حسن جلي (قلت) لكنه في باب الوديعة صرح بما هنا حيث قال ولو جدد الامساك لنفسه يضمن وفسره المحقق الثاني وغيره بانه نوى عدم الرد وهو معنى العزم على المنع فلم يكن بين فتاواه تناف كما هو واضح كما نبهنا عليه في باب الوديعة ويطرد هذا في الامانات حتى يقال ان الثوب الذي اطارته الريح الى دار الغير مثل اللقطة في ضمانه بمجرد الخيانة ومال الاجارة بمنزلة الوديعة لا يضمن بقصد الخيانة و يضمن بالجحود وقصد منع المالك ونحو ذلك من الامانات (قوله) ﴿ ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ﴾ المغصوب ان كان من الاعيان المنقولة تحقق غصبه واثبات اليد عليه بالنقل اتفاقاً بل هو ضروري واجماع المسالك يتناول ذلك (قوله) ﴿ الا في الدابة فيكفي الركوب والفراش الجلوس عليه ﴾ كما جزم به في الشرائع وجامع المقاصد وقال في التذكرة انه الوجه وقال في المسالك لا اشكال في تحقق الغصب مع الجلوس عَلَى البساط وركوب الدابة سواء قصده ام لا وسواء كان المالك حاضراً وازعجه ام لا لتحقق الاستيلاء عليه عَلَى وجه العدوان حيث نعتبره او مطلقاً حيث يكتفى به في الضمان وفي التذكرة عن احد وجهي الشافعية انه لا بد من النقل كما لا بد منه في قبض المبيع وسائر العقود وقد اجاب عنه في المسالك بمنع عدم تحقق القبض مطلقاً بذلك لان القبض له حكمان (احدهما) دخوله في ضمانه وهو حاصل بالركوب من غير نقل (الثاني) تمكينه من التصرف وهذا يشترط في الركوب ونحوه اذن المالك فيه ولا فرق في هذا بين نقله وعدمه فلا وجه لاخراج التصرف بغير النقل من البين عَلَى هذا التقدير انتهى ولم يتضح لنا هذا الجواب بل الظاهر فساده والحكمان انما هما للنقل عند المشهور لان المشتري ان نقله بدون اذن البائع دخل في ضمانه و يقال له قبض ولا يسمى تسليماً و يكون للبائع سلطان عَلَى حبسه حتى يقبض الثمن وله الفسخ للتأخير عن الثلثة وان قبضه باذنه فقد مكنه منه وارتفع سلطانه عنه وخياره فيه وتصرف كيف شاء فقوله القبض له حكمان ان اراد به القبض الناشي عن النقل فمسلم وان اراد لمجرد وضع اليد كالركوب ونحوه فاول ممنوع وقد اخذ هذا الجواب من التذكرة قال القبض في المبيع له حكمان (احدهما) الدخول في ضمانه وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل و (الثاني) تمكينه منه فان كان البائع اذن في الركوب فالتمكين حاصل وان لم ياذن لا يمكن الحكم في النقل بغير اذنه مثله وقد تنبه لذلك المحقق في باب تسليم المبيع قال ان القبض في المنقول

نقله فيشكل عليه انه لو اخذه المشتري ولم ينقله بل تسلمه في موضعه الذي كان فيه ثم تلفت لا يكون من ضمانه مع انه في يده والرواية يعني خبر عقبة بن خالد تدل عَلَى ذلك الا ان ما دل عَلَى ثبوت الضمان باثبات اليد ينافيها والجواب يحتاج الى فضل تأمل وتحقيق هذا موقوف عَلَى تحقيق معنى اثبات اليد انتهى وقد استنهضنا كلامهم هنا عَلَى معنى اليد هناك وفي المهذب البارع ان المراد باليد في العقار القدرة لا الجارحة وهو التمكن مع رفع اليد (وتحرير المقام) ان يقال ان كان المراد باثبات اليد والقبض الموجب للضمان هو ما تقرر عندهم في قبض المبيع من انه النقل في المنقول والكيل والوزن في المكيل والموزون والتخلية في العقار اتجه في الاول واشكل في الاخيرين فانه لا شك في تحقق الغصب بنقل المنقول وان كان مكيلاً او موزوناً فانهما يضمنان بالنقل من غير كيل ولا وزن مع انه لا بد منهما في قبض المبيع ومجرد وضع اليد عَلَى هذه الاشياء لا يقضي بالغصب والضمان وقد تقدم في باب اللقطة التردد في حصول الالتقاط بمجرد وضع اليد او الرجل من غير نقل وكذلك الشأن في غير المنقول فان المتبادر من الغصب وتعريفه بالاخذ والاستقلال القبض والتصرف العرفي وهو ان يكون متصرفاً بالفعل مع انه يكفي في قبضه في البيع التخلية فلو ازعجه حتى اخرجه من داره وخلاها وتسلم مفاتحها لا يسمى غاصباً عرفاً مضافاً الى ان الاصل عدم الضمان وعدم تحقق الغصب واحكامه فلا بد فيه من التصرف والدخول مع الاستيلاء وقصد السكون والاخذ من مالكه وان كان ذلك خلاف ظاهر جماعة وصريح آخرين كما يأتي فاندفع ما اشكل عَلَى المحقق الثاني في باب التسليم واتضح الحال فيما يأتي في المسئلة الآتية فيما اذا اخرج المالك ولم يدخل وقضية ذلك انه لا يتحقق الغصب بمجرد ركوب الدابة والجلوس عَلَى الفراش الا ان يقال ان ركوبها تصرف فيها وانتفاع بها واخذ وغصب لها لان الانتفاع في كل شيء بما هو مراد منه ومخلوق ومصنوع له فالدابة مخلوقة للركوب والفراش مصنوع للجلوس فتأمل وقال في التذكرة هل يتحقق الغصب باثبات اليد من غير نقل الاقرب عندي ذلك فلو ركب دابة الغير وهي واقفة ولم تنقل (تنتقل خ ل) عن مكانها او جلس عَلَى فراشه فلم ينقله فالوجه تحقق الغصب فيه لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء انتهى وكلامه هذا يقضي بتحقق الغصب مطلقاً والظاهر انه ليس عَلَى اطلاقه وانما هو في الدابة والفراش دون ما عداهما وقال في جامع المقاصد اعلم ان اثبات اليد في المنقولات انما يتحقق باالنقل الا في الدابة فان ركوبها كاف في اثبات اليد عليها والفراش فان الجلوس كاف في ذلك ثم حكى كلام التذكرة هذا الذي حكيناه ثم قال وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابة والفراش ولا يبعد ان الاستيلاء في كل شيء بحسبه كالدخول الى خيمته وخبائه ونحو ذلك انتهى فقد حكم اولا بالحصر ثم نفى البعد عن عدمه ثم ان تحقق غصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر اذ لا اثبات يد ولا اخذ خصوصاً اذا كانت الارض ملكه او مباحة الا ان يقال ان مراده غصبية الارض فتأمل جيداً ولعل السرير كالبساط واما الحجر الكبير والاخشاب الكبيرة فمحل تأمل (وكيف كان) فكلامهم في اثبات اليد والقبض في الباب يخالف كلامهم في قبض المبيع لانهم يكتفون في الدابة والفراش بالركوب والجلوس ويكتفون في المكيل والموزون بالنقل من دون كيل ووزن ولا يكتفون في غصب العقار بالتخلية ثم عد الى العبارة قال في جامع المقاصد فيه مناقشتان (احدهما) ان الاستثناء لا يستقيم الا اذا كان المراد ان اثبات اليد في المنقول لا يثبت الا بالنقل ولا دلالة في العبارة عَلَى ذلك الا باعتبار عدم صحة الاستثناء (قلت) ان مفهوم اللقب في عبارات الاصحاب حجة لانها تعاريف وقيود (والثانية) قد وقع في قوله والفراش الجلوس عليه العطف عَلَى معمولي عاملين باداة واحدة وهو ضعيف عند اهل العربية (قلت) يكفي

وفي العقار بالدخول وازعاج المالك فان ازعج ولم يدخل اودخل لابقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن «متن»

في ذلك الجواز (قوله) ﴿ وفي العقار بالدخول وازعاج المالك فان ازعج ولم يدخل او دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ﴾ العقار يتصور فيه الغصب ويكون غاصباً ضامناً بغصبه اجماعاً كما في التذكرة وعندنا وعند اكثر العامة كما في المسالك والكفاية واجماع الخلاف واخباره في مسئلة المنافع منطبق عليه قطعاً بالالازم وفي جامع المقاصد لا ريب ان غصب العقار متصور في نظر الشارع لان اثبات اليد عليه ممكن انتهى وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يمكن غصبه بل انما يضمن بالانهدام فاذا دخل وانهدم ضمن المهدوم مستنداً الى انه لا يمكن نقله وهذا ليس بمانع اذ الغصب في مثله يتحقق بالقبض وليس هو منحصراً في النقل والا لم يجز بيعه وهبته ونحوهما مما يحتاج الى القبض مضافاً الى عدة اخبار صريحة في غصب العقار بلفظ الغصب كما تقدم (هذا) ولا محالة يتحقق الغصب بالدخول وازعاج المالك كما في جامع المقاصد كما ذكره المصنف بل هو محل الوفاق منا ومن اكثر العامة وانما الكلام في انه هل يتحقق باثبات اليد مستقلاً من غير اذن المالك بان يستولي عليها و يخرجه منها و يتسلم مفاتيحها وان لم يدخلها اصلاً لانه بذلك تدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه فيجب ان يكون هذا القدر كافياً في تحقق الغصب ام لا يتحقق بذلك بل لا بد من الدخول خيرة الكتاب والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان الثاني وقد عرفت الوجه فيه وصريح المسالك والكفاية الاول وهو ظاهر الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة والدروس حيث قيل فيها يتحقق غصبه باثبات اليد عليه مستقلاً من دون اذن المالك لصدق الغصب بما سمعت في توجيهه ويشهد له انه لو كان المالك غائباً تحقق الغصب من دون ازعاج وكذلك لو استولى مع المالك وتردد في التذكرة وجامع المقاصد ولا ترجيح في التنقيح مما ذكر ومن ان العرف قاض بان الغصب انما يتحقق بالدخول لان الاستيلاء انما يحصل به ولا تغفل عما تقدم ويأتي فيما اذا منعه من امساك دابته المرسلة وسكنى داره وقد يكون المراد من الاستقلال في عبارة الشرائع وما ذكر معها عدم قدرة المالك على التصرف في عقاره الذي هو في تصرفه وتحت يده بمعنى انه منعه عنه ولم يمكنه منه وان كان جالساً معه فانه حينئذ يكون وجوده وعدمه سواء فتأمل وقد اعتبر المصنف هنا وفي التحرير قصد الاستيلاء حيث قال او دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن وفي التذكرة وجامع المقاصد ان وجود نفس الاستيلاء حقيقة يغني عن قصده فلا اثر لعدم قصده مع حصوله حقيقة وقضيته دخول الجاهل والغافل والناسي والمكره والمضطر فتدبر (وليعلم) ان قضية كلام المصنف انه يعتبر لتحقق الغصب امران الدخول وازعاج المالك فلا يكفي احدهما فقط وبذلك صرح في جامع المقاصد مع انهما وغيرهما صرحوا بانه اذا دخل عليه مستولياً ولم يزعجه ولكل منهما قوة انه يضمن النصف ولعلهما ارادا ان ذلك يعتبر لتحقق غصب الكل فتأمل وفي الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية انه لو اسكن غيره فهو غاصب والساكن ليس بغاصب وقيده الشهيدان والكركي والخراساني بما اذا كان جاهلاً لان يد الساكن كيده فكان في معنى سكناه بنفسه (قلت) هو واضح ان كان مكرهاً وفي الارشاد والتحرير تقييده بما اذا كان المالك غائباً والآمر المسكن ضعيفاً ولا بد ايضاً من التقييد بكونه جاهلاً كما قيد به صاحب المسالك عبارة الشرائع وفيه نظر ستسمعه قال في الكتابين اي التحرير والارشاد لو كان المالك حاضراً فلا ضمان وفيه ايضاً انه قد تصرف بغير اذن المالك فيكون ضامناً الا ان يكون سكوته دالاً على رضاه فيكون دخولا بالرضا كما نبه عليه في مجمع البرهان ثم انه يرد عليهم جميعاً ما اذا انهدمت

فان قصد فهو غاصب للنصف « متن »

الدار وهو فيها مثلا فان عدم تضمين الساكن مع اثبات يده بغير حق وان كان مغروراً مخالف لما سيأتي في الايدي المتعاقبة على المغصوب فانهم يحكمون بانها ايدي ضمان وان كان بعضهم جاهلاً نعم هذا يؤيد مختار المقدس الاردبيلي في المسئلة الا ان يقولوا بثبوته ولا يسمونه غاصباً فلا مشاحة في التسمية (قوله) ﴿ وان قصد فهو غاصب للنصف ﴾ اي ان دخل بقصد الاستيلاء فهو غاصب وقد عبروا عنه بما اذا دخل الدار قهراً مع مالكها وقالوا انهُ يضمن النصف و بذلك كله صرح في المبسوط وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح والروضة والمسالك وقواه في المهذب البارع وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي المسالك والكفاية انه مذهب الاكثر وقال في الشرائع انه لا يضمن الاصل وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد منشائه عدم الاستقلال والتردد ظاهر النافع حيث قال ففي الضمان قولان وكذا شرح الارشاد لفخر الاسلام ولم نجد القول بالعدم جزماً الا ما في التنقيح من ان القولين للشيخ في المبسوط لانه قال لو مد زمام الناقة من مكان الى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لانه لم تزل يده عنها ولا فرق بين الصورتين انتهى وستعرف الحال في ماد زمام الناقة محرراً مسبغاً عند قوله ولومد بمقود دابة الى آخره وقد يظهر من الشرائع وغيرها ان القولين مبنيان على الاختلاف في تعريف الغصب بان المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن او الاستيلاء فيضمن لكن الشهيدين في الدروس والروضة عللا الضمان باستقلاله بالنصف وقال في التنقيح بعد تعليل عدم الضمان بعدم استقلال يد الغاصب لانه انما يحصل برفع يد المالك ولم ترفع ان فيه نظراً لانه ان اراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل والالازم عدم الضمان على شخصين اشتركا في غصب شيء واحد وان اراد به اثباته على وجه يرفع به يد المالك فهو مصادرة على المطلوب لان ذلك غير المتنازع فيه انتهى وكلام هؤلاء الثلثة يقضي بتصحيح القول المشهور على تقدير الاستقلال (وكيف كان) فالمفروض في كلام المشهور انهما قويان وفي مجمع البرهان انه لا تفاوت حينئذ بين كون المالك قادراً على منعه عن ذلك واخراجه ام لا بان يكون اقوى منه لصدق تعريف الغصب عليه (قلت) قد قال في بيان التعريف انه يعتبر في الاستقلال الاستعلاء والتسلط ولا يكفي مطلق التصرف ووضع اليد فلعله اراد بعض التعاريف فتأمل وقد وجه الضمان في الدروس وغيره بما سمعت ومن يكتفي بالاستيلاء يوجهه باجتماع يدهما واستيلائهما عليه فيضمن النصف وفي الروضة ان هذا اذا شاركه في سكنى البيوت على الاشاعة من غير اختصاص بموضع معين فلو اختص اختص بضمانه (قلت) هو واضح والشأن فيه كالشأن فيما اذا كان له شريك في الغصب وفي الكفاية والرياض انه لا بد من كونه متصرفاً في النصف بحيث يمنع المالك من انواع التصرفات كالبيع والهبة وامثالها لا مجرد السكنى ولم يتضح لنا وجهه وستعرف الحال وفي مجمع البرهان ان ذلك اذا شاركه في كل موضع من البيوت بحيث ما يزاحمه ولا يزعجه الا عن النصف قال ويمكن ان يكون الحكم كذلك اذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف بل يقول له انا وانت نكون في هذه الدار مع اثبات يده على الكل وعدم منعه من شيء مثل الشريكين بالنصف واحدهما بأذن للآخر (قلت) هذا جيد جداً فلا فرق بعد فرض تصرفه في جميع الدار بين ان يكون تصرفه في قدر النصف او اقل او اكثر لان المتصرف في جميع الدار مثلاً اثنان فيحال الضمان عليهما كالجنايات فلو جنيا عليه ومات من جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين وان كان احدهما جرحه الف جرح والآخر انما جرحه جرحاً واحداً واما الاجرة فلا يضمن منها الا قدر ما ينتفع به من السكنى كما نبه عليه ابو العباس في كتابيه

ولو دخل الضعيف عَلَى القوي في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ويضمن لو كان القوي نائيا « متن »

هذا وفي الدروس والروضة انه يضمن النصف عيناً وقيمة ولعل الاولى ان يقولا عيناً ومنفعة هذا وقد يظهر من كلامهم ان ذلك حيث يتحد المالك والغاصب اما لو تعددا او تعدد احدهما فالضمان بالنسبة فلو كان المالك اثنين ضمن الغاصب الثلث او ثلثة ضمن الربع كما ان الغاصب اذا كان اثنين والمالك واحدا ضمنا الثلثين قال في التنقيح لو كان المالك اكثر من واحد هل يلزم النصف الغاصب او بالنسبة الاقرب الاخير كما لو تعدد الغاصب ثم قال والتحقيق يقتضي الضمان عَلَى نسبة مااستولى عليه واستقل به ان نصفاً فنصف وان ثلثاً فثلث وهكذا وهو خيرة المقدس الاردبيلي وفي الرياض انه جيد ولعل الاجود ما تقدم من انه كالجناية ﴿ فرع ﴾ قال في الدروس لو اثبت يده على مسجد او رباط او مدرسة عَلَى وجه التغلب ومنع المستحق فالظاهر ضمان العين والمنفعة انتهى والظاهر ان الغصب لا يتصور في الوقوف العامة بمنع بعض المستحقين قبل اثبات يده وان اثم نعم لو سبقت للمستحق يد فمنعه مانع بغير حق امكن تصور الغصب واطلاق كلام الدروس قد يظهر منه خلاف ما ذكرناه (قوله) ﴿ ولو دخل الضعيف عَلَى القوي في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والرياض لانه ليس بغاصب لشيء من الدار ولا عبرة بقصده الاستيلاء لانه قصد ما لا يتمكن من تحقيقه اذ المفروض ان القوي لا يعد مثل الضعيف مستولياً عليه وظاهر الدروس واللمعة والروضة التوقف لظهور استيلائه عَلَى العين التي انتفع بسكناها وقدرة المالك عَلَى دفعه لا ترفع الغصب مع تحقق العدوان وفي مجمع البرهان لا ينبغي ان يشك في كونه ضامناً عَلَى انه تصرف في مال الغير بغير اذنه خصوصاً اذا كان مع قصد الاستيلاء والاستعلاء فانه قد يكفي ولا يحتاج الى وجود ما في نفس الامر كما يشعر به لفظ الاستيلاء وعدم منع المالك مع قدرته لا يدفع ذلك الا ان يكون دالاً عَلَى الرضا فيكون الدخول بالرضا والظاهر انه لا نزاع في انه يضمن اجرة ما سكن وبه صرح في الدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية والرياض (قوله) ﴿ ويضمن لو كان القوي نائياً ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي الاخير انه لا شبهة في الضمان قال في التذكرة لان الاستيلاء حاصل في الحال واثر قوة المالك انما هي سهولة ازالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك فانه يكون غاصبا وان سهل عَلَى المالك انتزاعه وتأديبه وقال في التحرير لو دخل ارض انسان او داره والمالك غائب ضمنها سواء قصد ذلك او ظن انها داره او دار من اذن له في الدخول اليها عَلَى اشكال اقربه عدم الضمان الا مع قصد الاستيلاء انتهى فتأمل فيه ولعل في النسخة سقطاً ﴿ فروع ﴾ قال في التذكرة لو دخل عقاراً لينظر هل يصلح له او ليتخذ مثله لم يكن غاصباً ولو انهدمت في تلك الحال ففي الضمان اشكال ينشأ من انه قد حصل التلف في يده فكان كما لو اخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه او مثله فتلف في تلك الحال فانه يضمنه ومن الفرق بينه وبين المنقول بان اليد عَلَى المنقول حقيقة فلا يحتاج في اثبات حكمها الى قرينة واليد عَلَى العقار حكمية فلا بد في تحققها من قرينة قصد الاستيلاء وفي المسالك الأصح انه لا يضمن بخلاف المنقول ولا ترجيح في جامع المقاصد وفي الدروس لو رفع متاعاً بين يدي المالك فان قصد الغصب فهو غاصب وان قصد النظر ففي كونه غاصباً وجهان انتهى ولو كان القوي مستولياً وصاحب البيت ضعيفاً بحيث اضمحلت يده معه فالمتجه انه يضمن الجميع كما في جامع المقاصد وفي الروضة

والحوالة عَلَى المباشر لو جامع السبب الا مع ضعفه بالتغرير كمن قدم طعام غيره الى آكل جاهل فالضمان يستقر على الآمر «متن»

والرياض انه قوي (قوله) ﴿ والحوالة عَلَى المباشر لو جامع السبب الا مع ضعفه بالتغرير ﴾ قد طفحت عباراتهم في باب القصاص والديات والغصب انه لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر اذا تساويا في القوة او رجح المباشر وفي كشف اللثام الاجماع عليه وفي مجمع البرهان انه من المعلوم عقلاً بل ونقلاً انه اذا وجد لشيء سببان قريب وبعيد انه يسند الى القريب والبعيد هو سبب السبب وله مدخلية ما في ذلك الشيء فيكون الضمان مستنداً الى المباشر وهو ظاهر وكأنه مجمع عليه انتهى (والحاصل) اني لم اجد في الابواب الثلاثة في ذلك مخالفاً وقد قالوا انه يستثنى من ذلك ما اذا ضعف المباشر كما اقتصر عَلَى ذلك جماعة وهذا يشمل الضعف بالاكراه والغرور بل والشمس والنار والريح ان صدق عليها اسم المباشرة وفي الدروس واللمعة والروضة الا مع ضعفه بالاكراه او الغرور واقتصر في الارشاد عَلَى الاول وفي الكتاب هنا عَلَى الثاني وناقشه المحقق الثاني بانه لا وجه لهذا القيد فان عدم صلاحية المباشر لنسبة الفعل اليه موجبة لضعفه كما في الريح والشمس والنار وكأنه الى ذلك اشار في المسالك بقوله يستثنى من ذلك امور كثيرة (وفيه) مع انه وارد عَلَى الجميع فينبغي ان يحمل كلامهم عَلَى التمثيل مع ان الاكراه اولى بالذكر ان هذه الثلاثة منزلة منزلة المباشر وليست من المباشرة ومن لم يستثن كالمحقق في الشرائع والمصنف في ديات الكتاب فقد استغنى عنه بالتصريح بذلك بعد ذلك والتمثيل والتعليل وقد يجتمع عَلَى الشيء الواحد سببان بان يحفر واحد عدواناً بئراً ويضع آخر كذلك عنده حجراً فيعثر به انسان فيقع في البئر فانه يقدم الاول في الجناية وان تأخر حدوثه عن الآخر وربما احتمل تساوي السببين وترجيح الاقوى كما لو نصب سكيناً في البئر المذكور وقد استوفينا الاقوال والاحتمالات في ذلك في باب الديات(والاكراه)يتحقق بسلب الاختيار والوعيد بقتل النفس وهتك العرض واخذ المال الكثير وذكروا الضابط في الاكراه عَلَى الطلاق بانه التوعد عَلَى الاضرار بالمكره وبمن يقوم مقامه كالاب والابن وان كان شتماً لم ترتفع عنه لا الضرر اليسير كأخذ مال يسير وقد اسبغنا الكلام في ذلك في باب المكاسب هذا في المال اما في النفس فيتعلق الضمان بالمباشر مطلقاً ويحبس الآمر حتى يموت وقد بينا الكلام في الاكراه عَلَى مادون النفس في باب الديات والمكاسب والمراد بالسبب فاعل ملزوم العلة كحافر البئر كما تقدم وقد يطلق مجازاً عَلَى غير ذلك كما يقال تلف مال فلان بسبب سعاية فلان به الى الظالم وهذا لا يوجب الضمان عندنا بل عَلَى الساعي الاثم كما في التذكرة ويبقى الكلام فيما يبذله ويغرمه المسروق منه والمغصوب منه لتحصيل المال فهل يرجع به عليهما ام لا احتمالان والظاهر ان السارق والغاصب كالحافر فاعل ملزوم العلة (قوله) ﴿ كمن قدم طعام غيره الى آكل جاهل فالضمان يستقر عَلَى الآمر ﴾ القار كما في الدروس والروضة في المقام وبه طفحت عباراتهم عند الكلام عَلَى الايدي المترتبة عَلَى يد الغاصب وقد فصل في المبسوط تفصيلاً طويلاً واطول منه ما في التذكرة وحاصله انه اذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فاما ان يطعمه لغير صاحبه او يطعمه لصاحبه فان كان الاول فان كان عالماً فهو غاصب كالاول وان كان جاهلاً فان قال له كله فانه ملكي وطعامي او قدمه ضيافة فانه لا يلزم الآكل شيء لانه غره واوهمه انه لاتبعة فيه عليه وان قال كله ولم يقل انه ملكي ولا طعام فلان غصبته بل اطلق فوجهان اقواهما الضمان لانه غره ايضاً وان كان الثاني فان كان الآكل عالماً بانه طعامه فقد برئ منه الغاصب وان كان جاهلاً ضمنه الغاصب ولم يبرأ لانه لم يرده اليه رداً تاماً فانه لا يمكنه التصرف فيه بكل ما يريده من اخذه وبيعه والصدقة به (وعساك تقول) ان كل ماتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه اي الاخذ كما يأتي (قلت) قد قالوا الا مع الغرور كما لو اضافه به ويأتي تمام

ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط او ذاب بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ من ضعف المباشر ومن انه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب ولو فك قيد الدابة فشردت او عن المجنون فابق او فتح قفصا عن طائر فطار في الحال او بعد مكث « متن »

الكلام عند تعرض المصنف له مرة اخرى (قوله) ﴿ ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع ﴾ اي المتعمد لذلك لقوة المباشر وضعف اثر الحافر واما اذا دفعه مع الجهل بالبئر وكان حفرها عدواناً فان الحافر هو الضامن وقد استوفينا الكلام في هذه المقامات في اوائل باب الديات (قوله) ﴿ ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط اوذاب بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ من ضعف المباشر ومن انه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب ﴾ قد استشكل ايضاً في الارشاد والتحرير وقال في الشرائع بعد ان تردد لعل الاشبه انه لا يضمن لان الريح والشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب وفي الكفاية انه اقرب في صورة انقلابه بالريح ولا ترجيح فيها في صورة اذابة الشمس وفصل في المبسوط فحكم بعدم الضمان بحدوث الريح وقلبها له نافياً عنه كابن زهرة في الغنية الخلاف وبالضمان في اشراق الشمس عليه واستشكل في الاول في التذكرة واستوجه الضمان في الثاني وفرق بان الشمس مما يعلم طلوعها فيكون الفاتح له معرضاً ما فيه للشمس وهبوب الرياح غير منتظر ولا متوقع فالهلاك حينئذ لم يحصل بفعله وليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض ففعله غير ملجئ والامر الحادث مباشر فلم يتعلق الضمان بفعله فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره او دل سارقاً فسرق وقد يفرق بين الاصل والتنظير على ان وجود الريح كثير موجب لتوقع القلب والانقلاب كما في جامع المقاصد(ووجه)الضمان في ذلك ان فعله سبب تلفه اذ لولا الفتح لما ضاع ما فيه ولم يتخلل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب الضمان فكان كما لو جرح انساناً فأصابه الحر او البرد فسرت الجراحة فانه يضمن فكذا هنا وقد اختير انه يضمن في المسئلتين في شرح الارشاد لولده وغاية المراد والدروس وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك وقد عرفت الوجه في ذلك وقال في مجمع البرهان لا اشكال في الضمان اذا علم كون فعله سبباً فقط لا غير ولم يعلم استناده الى غيره بالكلية وقال في جامع المقاصد ان عبارة الكتاب لا تخلو من شيء فانه لا يقصد بالسبب حصول العلة اصلا فكيف يستقيم قوله ومن انه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فلو قال بدله ومن انه لا يقصد بفتح الزق توقع الهبوب كان اولى (قلت) توقع الشيء انتظار كونه وحصوله فالمراد بتحصيل الهبوب انتظار كونه وحصوله وقد طفحت بذلك عبارات الخاصة والعامة (قوله) ﴿ ولو فك قيد الدابة فشردت اوعن المجنون فأبق او فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال او بعد مكث ﴾ اي ضمن كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والنافع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه المعروف من مذهب الاصحاب وظاهر التذكرة الاجماع على الضمان في فتح قفص الطائر سواء طار في الحال او بعد مكث وحكى في الرياض عن المبسوط نفي الخلاف في الثلاثة وعن ظاهر التذكرة الاجماع فيها اي الثلاثة ولم نجد ذلك فيهما وستسمع ما وجدناه بل قال في المبسوط في ضمان الطائر اذا لم يهيجه ولم يطر في الحال يقوى عندي ان عليه الضمان فحكم به غير جازم وفي معنى المجنون غير المميز غير انه لم يذكر المجنون في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر وهذه المواضع الثلاثة مما يترجح السبب فيها على المباشرة لضعفها لعدم العقل لكن بعضها غير اغلبي وقد تقدم المختار و يأتي واشاروا بقولهم فطار في الحال او بعد مكث الى خلاف بعض الشافعية حيث فرق بين الامرين فحكم بالضمان في الاول

قوله او ازال وكاء الظرف فسال مافيه ولا يحبسه الا الوكاء او فتح راسه فتقاطرت قطرات وابتل اسفله فسقط او قبض بالبيع الفاسد او بالسوم على اشكال « متن »

[illegible] لو اهاج الدابة فشردت او الطائر فطار ضمن بلا خلاف اي منا ومن العامة وفي التذكرة انه لو اهاج الطائر ضمن قولاً واحداً وفي حكم خروج الطائر وثوب الهرة ولو افسد الطائر وغيره شيئاً بخروجه ضمنه لان فعل الطائر منسوب اليه نعم لو تلفت هذه الثلثة بغير الجهة التي هي فعل السبب كأن ماتت الطائر او العبد المجنون او الدابة فلا ضمان [illegible] لعدم مدخلية السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقاً [illegible] وياتي الكلام في العبد العاقل (قوله) [illegible] او ازال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه الا الوكاء [illegible] (فانه يضمن بلا خلاف [illegible] كما في المبسوط والشرائع وفي المسالك انه يضمن لا محالة اذا كان مطروحاً لمباشرته الاتلاف [illegible] في الكتب [illegible] بعد المبسوط جميعها ما عدى النافع (قوله) [illegible] او فتح راسه فتقاطرت قطرات وابتل اسفله فسقط ضمن [illegible] كما في المبسوط وسائر ما ذكر بعده عدى [illegible] النافع والتحرير [illegible] من الابتلال الناشئ من الفتح وهما مما من شأنه ان يحصل بالفتح (قوله) [illegible] او قبض بالبيع الفاسد [illegible] ضمن [illegible] كما هو المعروف من مذهب الاصحاب كما في الكفاية وفي المسالك [illegible] في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد وقد تقدم الكلام [illegible] عند الكلام على صيغة البيع وقد جعلناه في اول باب [illegible] المالك ولم اجد من تأمل فيه في البابين [illegible] القاعدة [illegible] وهي ان كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده [illegible] (قلت) القاعدة لا اجد فيها مخالفاً بل [illegible] في ابواب العقود [illegible] قريب كلامهم في استيفاء المنفعة الفاسدة (قوله) [illegible] او السوم على اشكال [illegible] من انه باذن المالك فيكون امانة كالوديعة والاصل البرائة [illegible] لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي [illegible] (قلت) [illegible] او اضعافه هذه العارية والمضاربة [illegible] كذلك ونحوها مما كان [illegible] مضمونة [illegible] كما في الايضاح [illegible] في الباب المذكور [illegible] في مسئلة ما اذا اشترى [illegible] بالتخيير فأبق احدهما [illegible] الاستاذ الشريف [illegible] لتوصل كثير من الناس [illegible] بآخر وهو البيع [illegible] (قلت) قد [illegible] الامانة [illegible] او من قام [illegible] معروفة عندهم [illegible] ابواب العقود [illegible] مسلماً [illegible] بالضمان [illegible]

او استوفى منفعة الاجارة الفاسدة او القى صبياً في مسبعة او حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن « متن »

منهم الشهيدان والكركي ان الحكم بالضمان مبني عَلَى ان المقبوض بالسوم مضمون لا لخصوصية السوم بل لعموم قوله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم عَلَى اليد ما اخذت وقد حكم بالضمان هناك في المختلف والايضاح والمسالك ومجمع البرهان وقد سمعت كلامهم في المقام وكذا غيره (قوله) ﴿ او استوفى منفعة الاجارة الفاسدة ﴾ فانه يضمنها كما في الشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والارشاد والدروس باجرة مثلها كما في السنة الاول ولعله المراد من الاخيرين ويحتمل ان يكونا ارادا اقل الامرين منها ومن المسمى وهذا من باب المباشرة وليس من سنخ ما ذكر معه وقال في الخلاف المنافع تضمن بالغصب كالاعيان واستدل عليه بقوله عز وجل فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم قال والمثل مثلان مثل من حيث الصورة ومثل من حيث القيمة فلما لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجب ان يلزمه من حيث القيمة قال وعَلَى المسئلة اجماع الفرقة واخبارهم تدل عَلَى هذا « انتهى » وهو منطبق عَلَى مانحن فيه وهل العين مضمونة بالاستيفاء قال في جامع المقاصد الذي يلوح من كلامهم العدم والذي ينساق اليه النظر كونها مضمونة لان التصرف في العين غيرجائز فهو بغير حق فيكون في حال التصرف استيلائه عليها بغير حق وذلك معنى الغصب الا ان كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لايضمن بالصحيحة مناف لذلك فيقال انه دخل معه عَلَى عدم الضمان بهذا الاستيلاء وان لم يكن مستحقاً والاصل برائة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة وانما يضمن المنفعة خاصة ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن لان استيلائه بغير حق وهو باطل وقد استوفينا فيه الكلام في باب الاجارة (قوله) ﴿ اوالقى صبياً في مسبعة اوحيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان واستظهر في الكفاية ان لا خلاف في ذلك وبالاول صرح ايضاً في ديات المبسوط والشرائع والارشاد وغيرها للتسبيب مع ضعف المباشر فان القاء الصبي الذي يضعف عن التحرز عن السبع سبب تام فيهلاكه والسبع لا يحال عليه في الضمان فلا معارض للسبب واستند في التذكرة الى انه قصد الاتلاف بالنقل وهو يرجع الى التسبيب الذي يقضي بدخوله تحت العمد فيوجب القصاص واحترزوا بالصبي عن الكبير الذي يمكنه التحرز عادة فانه لا يضمنه بالقائه لو اتفق اتلاف السبع له لان ذلك لا يعد سبباً في حقه (والظاهر) انه لا فرق في الصبي بين غير المميز والمميز الضعيف عن التحرز ويلحق به من به خبل او جنون او بلغ بالكبر مرتبة الصغير عَلَى احتمال قوي كما في مجمع البرهان وغيره والحق بالمسبعة المضيعة كمعيشة وكمسبعة في قول وهي المفازة وهو في محله وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد وقد استشكل فيه المصنف في غصب التذكرة وما يأتي من الكتاب والشيخ في المبسوط قال بعدم الضمان وعدم الالحاق (واما) القاء الحيوان الذي يضعف عن الفرار في المسبعة والمضيعة فالوجه فيه ظاهر لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه ومثله العبد الصغير وقد يكون داخلاً تحت الحيوان ولا يخفى ما في وصف الحيوان بضعفه عن الفرار وان ارادوا بيان التسبيب هذا وشيخنا صاحب الرياض جعل في باب الديات ما نحن فيه أعني ما اذا القى الصغير في مسبعة من سنخ ما اذا غصبه غاصب فمات بلدغ حية او افتراس اسد ونحو ذلك مما ليس هو من قبل الله سبحانه فاستظهر في الجميع عدم الضمان او التردد (وانت خبير) بظهور الفرق بين المسئلتين اذ المفروض في الثانية انه غصبه ووضعه في غير المسبعة فاتفق ان افترسه الاسد ولهذا كان المشهور في هذه عدم الضمان كما في المسالك كما يأتي بيان الحال والمشهور فيما نحن فيه الضمان بل لا خلاف فيه بل قد اختار جماعة كالشيخ في المبسوط في احد قوليه والمصنف والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم الضمان ايضاً في مسئلة الغصب وقواه

ولو فتح باباً عَلَى مال فسرق او دل سارقاً او ازال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن « متن »

في الخلاف بعد ان نسبه الى ابي حنيفة بل قد يلوح من حواشي الشهيد في مسئلة الظئر انه اجماعي قال «مانصه» من قواعد الفقهاء ان الحر لا يضمن باثبات اليد اذ لا اثر لليد في غير المال واستثني من هذه القاعدة ثلث مسائل مسئلة الظئر ومسئلة المنادي غيره ليلاً مخرج ومسئلة تلف الصبي المغصوب بتلف الغاصب كلدغ الحية وهو قوي جداً ولا سيما اذا قصد اتلافه بل في جامع المقاصد انه اذا قصد توقع التلف بغصبه وقطعه عمن يعتني به ضمنه اجماعاً وينبغي التأمل في هذا الاجماع مع ان المشهور عدم الضمان من غير تفصيل ولعل الوجه في ذلك انه سبب للاتلاف وقاصد له فكان كالقاصد للقتل بالنادر كالدبرة والخزفة لانه لا يعلم انه اضره الا بالقصد كما تقدم فليتأمل والصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها له اكثري فلا يبعد أن تخص القاعدة بعدم ضمان الحر بذلك كما خصصت بالظئر والمخرج لغيره من منزله ليلاً لكن ظاهر الشهيد انه مستثني بالاجماع او غيره لا لمكان التسبيب والا لاستثنى كل تسبيب وما خص ذلك بالذكر فليلحظ او نقول ان القاعدة انما ثبت بالاجماع ومعقده انما هو عدم ضمان الكبير والصغير المغصوب الذي كان تلفه بالموت الطبيعي فتأمل وتمام الكلام في باب الديات (قوله) ﴿ ولو فتح باباً عَلَى مال فسرق او دل سارقاً او ازال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن ﴾ اما انه لا يضمن في المسئلة الاولى فقد صرح به في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه المشهور وليس في محله لانه لا مخالف فيه قبله ممن تعرض له (ووجهه) انه لم يوجد منه اثبات اليد عَلَى مال ولا مباشرة اتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به وحكى شيخنا في الرياض عن خاله مولانا الاستاذ الشيخ محمد باقر رضي الله تعالى عنه انه قال بالضمان او مال اليه لان قوة المباشر لا ترفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه ايضاً وهو نفي الضرر والاضرار فلا يمتنع الحكم بضمانهما معاً وتخيير المالك في الرجوع عَلَى ايهما شاء كما هو الشأن في الايدي المترتبة عَلَى الغصب وفي الرياض لولا الاجماع الظاهر المعتضد بالاصل لكان القول بالضمان في غاية الحسن (قلت) قد سمعت ما قضى به تتبعنا وما في كشف اللثام ومجمع البرهان من ان المباشر يقدم عَلَى السبب (واما المسئلة الثانية) فعدم ضمانه فيها خيرة الشرائع والنافع والتذكرة والدروس وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك وفي الكفاية انه المشهور وفي المسالك انه ظاهر الاصحاب وخلاف الارشاد نادر وقال في غاية المراد قد تصفحت كتب اصحابنا فلم اجد احداً قال بالضمان في هذه الصورة الا المصنف في هذا الكتاب يعني الارشاد وحكم في التحرير بالضمان فيها ثم استشكله وقد نص نجم الدين والمصنف في باقي كتبه عَلَى عدم الضمان (قلت) لم يتعرض له احد قبل المحقق فيما اجد بل لو وجد الشهيد غيره ممن تقدم عليه لذكره وهو شاهد بصحة تتبعنا ولم يذكر هذه الصورة في التبصرة مع انه ذكر الصورة الاولى وفي جامع المقاصد ان المصنف في الارشاد مخالف لجميع الاصحاب عَلَى ما يظهر من شرح الارشاد وان قول الارشاد لا ينطبق عَلَى اصول مذهبنا وفي الرياض ان الاجماع ظاهر كما تقدم (قلت) الكل قد عولوا عَلَى الشهيد وقد عرفت ان المصرح بالعدم قبله اثنان لا ثالث لهما بل احدهما في احدا قواله نعم قد يظهر ذلك من فخر الاسلام كما ستسمع فكان قول الاستاذ بالضمان في هذه الصورة ايضاً كما في الارشاد غير مخالف للاجماع كما استظهره ابن اخته ولو كان الحكم بالعدم اجماعياً لجزم به في الدروس وما قال عَلَى الاقوى والمقدس الاردبيلي قال بالضمان او مال اليه وقد عرفت انه استشكل في التحرير وقد فسر فخر الاسلام عبارة الارشاد بما اذا كان مستأمناً فدل السراق عَلَى امانته وهو كما ترى ولو كان كذلك لما كان للاستشكال في التحرير وجه هذا وشيخنا صاحب الرياض يستظهر في مسئلة العبد كما يأتي انها ليست محل اجماع من تردد صاحب

ولو حفر بئراً في غير ملكه او طرح المعاثر في المسالك «متن»

الكفاية فكيف يستظهر هنا الاجماع مع مخالفة هؤلاء (وليعلم) ان هذه المسئلة لما كان احتمال قوة السبب فيها على المباشر قائماً كانت خلافية بخلاف الاولى فانه لا مجال فيها لهذا الاحتمال فنزاع الاستاذ في الاولى في اصل القاعدة ونزاع المصنف في الارشاد في خصوص الفرض (واما المسئلة الثالثة) فقد نص فيها على عدم الضمان ايضاً في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد وقيد في التذكرة وجامع المقاصد والكفاية بما اذا لم يكن آبقاً قال في التذكرة وان لم يكن آبقاً فلا ضمان وان كان آبقاً ففي الضمان اشكال من حيث استناد فعله اليه فكان مباشراً ومباشرته معتبرة لانه عاقل بخلاف المجنون ومعناه انه يقدر على منع نفسه من الاباق المحرم فلو فات شيء من العين او المنفعة فهو مستقل به مباشر له ومن حيث ان المالك قد اعتمد ضبطه فاطلاقه اتلاف عليه اي فكان كل المجنون والبهيمة ومعناه انه لو لم يفكه لم يقع ما وقع من التلف اذ لا شك في صدق السببية وليس هناك مباشر يمكن اخذ الحق منه وكونه قادراً على التحفظ مع عدمه لا ينفع وهذا اقوى لمكان التسبيب كما يأتي في غصب اخر الصغير مع صدق التصرف في مال الغير لانه بهذه العادة قد اشبه الدابة ونحوها وفي جامع المقاصد ان الاول لا يخلو عن وجاهة ولعله بتأمل في التصرف والسببية وقال في الدروس لو فتح باباً على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ ونقل عن كل العامة عدم الضمان ولا فرق بين كونه عاقلا او مجنوناً آبقاً او غير آبق بالغاً او صبياً انتهى وكأنه متردد في المسئلة اذا كان الفتح مثل الفك ولعله غيره (قوله) ﴿ ولو حفر بئراً في غير ملكه ﴾ اي ضمن وهذا يشمل ما اذا حفر في طريق مسلوك او في ملك الغير فقط او المشترك وقد طفحت بذلك عباراتهم في باب الديات وباب الغصب وبالاول صرح في ديات المقنعة والمراسم وبه وبالثاني صرح في ديات المبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وبالاخير صرح ايضاً في غصب الشرائع ايضاً وما ذكر الآن بعدها مع زيادة التذكرة والدروس وظاهر ديات الغنية الاجماع فيهما مع زيادة الملك المشترك واطلاقهم في الاخير يشمل ما اذا كان المتردي المالك اوغيره دخل باذن المالك ام لا ويشمل ما اذا كانت البئر مكشوفة او مغطاة وقد خلت جملة من عباراتهم في الاول عن التقييد بعدم مصلحة المسلمين كالمقنعة والمراسم والغنية والسرائر وقضية ذلك انه يضمن وان كان فيه مصلحة كما صرح به في الايضاح لكن الشيخ والمصنف والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي نفوا الضمان اذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين العامة كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك واستحسنه المحقق وقد يلوح من السرائر واطلاق الاخبار مع ما فيها من العموم اللغوي وترك الاستفصال يقضي بالضمان مطلقاً حتى في السببية الغير الغالبة (ففي خبر السكوني) من حفر بئراً في طريق المسلمين وفي خبر زرارة من حفر بئراً في غير ملكه وفي الموثق ما حفر في الطريق او في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها والمستفاد من هذه الاخبار ان التعدي موجب للضمان فدلالتها على الحافر في المشترك لصدق تعديه بالحفر مع اطلاق الفتاوى بضمان المتعدي بالحفر واحتمال تعديه بجميع الحفر وان كان شريكاً مبني على توقف الاجتناب عن الحفر في غير ملكه عليه في ملكه من باب المقدمة ويحتمل انه يضمن النصف مطلقاً ويحتمل ضمان النصف ان كان الشريك واحداً او الثلث ان كان اثنين وهكذا وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في باب الديات بما لا مزيد عليه (قوله) ﴿ او طرح المعاثر في المسالك ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمعاثر جمع معثرة كالدكة والقمامات كقشور البطيخ ونحوها وبالضمان في الاخير صرح في ديات المبسوط وغيره وخصص الضمان في الشرائع والتحرير والارشاد بمن لم يرَ القمامة والاصل في ذلك عموم صحيح الحلبي والكناني من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن وانه سبب وان الطريق لم يوضع

او اتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وان لم يكن هناك غصب ضمن ولو ارسل ماءً في ملكه فاغرق مال غيره او اجج ناراً فاحرق لم يضمن مالم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه او غلبة ظنه بالتعدي الى الآخر فيضمن «متن»

لذلك فيكون وضعها مشروطاً بالسلامة وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في باب الديات (قوله) ﴿او اتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وان لم يكن هناك غصب ضمن﴾ لو اتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة ضمن ما اتلفه قطعاً كما في جامع المقاصد واتلاف المنفعة بمعنى استعمال عينها واستيفاء منفعتها قال في التذكرة منافع الاموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات فلو غصب عبداً او جارية او ثوباً او عقاراً او حيواناً مملوكاً ضمن منافعه سواء اتلفها بان استعملها او فاتت تحت يده بان بقيت في يده مدة ولا يستعملها عند علمائنا اجمع وبه طفحت عباراتهم في باب الاجارة في مسئله اجارة الدراهم والدنانير (والحاصل) ان ضمان المنفعة اذا اتلفها بمعنى استعمل العين واستوفى منافعها مما لا ريب فيه حتى في منفعة الحر كما سيأتي انشاء الله تعالى ويتصور اتلاف المنفعة وان لم يكن غاصب العين فيما اذا اجره داره او دابته ثم غصبها منه واستوفى المنفعة وفيما اذا دخل الضعيف على القوي في داره او ركب الضعيف مع القوي دابته فان الغصب غير متحقق لانتفاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة (قوله) ﴿ولو ارسل ماء في ملكه فاغرق مال غيره او اجج ناراً فاحترق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة مع علمه او غلبة ظنه بالتعدي الى الآخر فيضمن﴾ حاصله انه لا بد في الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه بالتعدي او غلبة ظنه به وهو خيرته في باب الديات من الكتاب في احد الوجهين كما ستسمع وخيرة الارشاد والشرائع في البابين وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والكفاية وكذا مجمع البرهان في موضعين منه لكن في بعضها التعبير بالظن دون غلبته ولعلهما بمعنى اصطلاحاً وفي الكفاية انه اي الضمان اذا اجتمع الامران المقطوع به في كلامهم ولا يعرف فيه خلافاً وفي المسالك انه لا شبهة فيه (وقضية) كلامهم انه لا يضمن مع احد الامرين ووجهه انه فعل مأذون فيه شرعاً لانه له ان يتصرف في ماله كيف شاء فلا يتعقبه ضمان ولا يعد ذلك تفريطاً حيث لم يتجاوز حاجته اذا ظن ولم يظن التعدي اذا تجاوز مع اصالة البرائة من الضمان (واختير) الضمان باحد الامرين تجاوز الحاجة او ظن التعدي في التحرير واللمعة في الموضعين لتحقق السببية الموجبة له ونحوه ما في الكفاية ايضاً من اعتبار الظن القوي (واعتبر) في الدروس احد امرين اما تجاوز قدر الحاجة او العلم بالتعدي ولم يكتف بالظن ولم يعتبر الهواء فمتى علمه وان لم يكن هواء ضمن وان لم يزد عن حاجته فبينه و بين اللمعة مغايرة وخيرة الدروس هو ظاهر كلام المبسوط (وعنه) اي الشهيد في بعض فتاواه انه اعتبر في الضمان احد امور ثلثة مجاوزة الحاجة او عصف الريح اوغلبة الظن بالتعدي وقد اطلق في المقنعة والنهاية والمبسوط والسرائر انه اذا اشعلها في ملكه فحملتها الريح الى غيره فاحرقت فلا ضمان فلا بد من تنزيله على ما اذا عصف الهواء بغتة بعد الاشعال وقال في غصب مجمع البرهان دليل الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة مع العلم او الظن بالتعدي والقدرة على العدم والمنع العقل والاجماع والسببية مع عدم العذر وكذا عدم الضمان مع انتفاء الجميع واما اذا انتفى البعض ففي بعض افراده تأمل وهو ما اذا كان قادراً وعالماً ولكن ما تجاوز عن قدر الحاجة (قلت) لعله لا ريب في الضمان اذا علم التعدي فترك قطعه اختياراً وان كان فعله بقدر حاجته لان ترك قطعه مع علم تعدي وقدرته على قطعه تعد محض فليتأمل وعبارة الكتاب في الديات هذه وان كان الهواء عاصفاً ولا حائل او اجج اكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظن بالتجاوز ضمن ونحوها ما في غصب التذكرة وظاهرها انه لو اجج قدر الحاجة وكان الهواء عاصفاً بمعنى غلب على ظنه التعدي لمكان عصف الهواء ضمن فان كان قد اجج اكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظن لمكان عصف الريح وعدم

ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً اوحبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها اوغصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر « متن »

الحائل كان اولى بالضمان وكان يغني عن ذلك كله ان يقول يكفي غلبة الظن بالتجاوز ويمكن ان يكون مراده انه لو اجج اكثر من قدر الحاجة والريح عاصف ضمن وان لم يغلب عَلَى ظنه التعدي بان غفل عنه ولم يتنبه له لانه يكفي في الضمان قضاء العادة لان عصف الريح في معنى الظن وحكمه كما صرح به في المسالك ونبه عليه في اللمعة والروضة وحينئذ فلا بد من ذكر الشق الثاني ويكون المراد انه لو اجج اكثر من قدر الحاجة وغلب عَلَى ظنه التجاوز من عصف ريح او غيره ضمن وان لم يغلب عَلَى ظنه لا يضمن الا ان يكون الهواء عاصفاً وتقضي العادة بالتعدي فيضمن وان لم يغلب عَلَى ظنه كأن غفل عنه فيكون مختاره انه لا بد في الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع ظن التعدي كما اشرنا اليه آنفاً وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في باب الديات لانه كتب قبل هذا (قوله) ﴿ ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً او حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها او غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والكفاية وكذا الايضاح لانه لا ترجيح فيه وكذا التذكرة لانه استشكل في الفرع الثاني ولم يذكر الآخرين ولم يذكر في اللمعة الا الاخير من دون ترجيح وقرب في الدروس فيه الضمان وفي الروضة انه اقوى وفي غاية المراد النظر في هذه الثلث ينشأ من عدم الاستقلال فلا يتحقق الغصب ومن انه سبب في اتلافها اذ لولاه لم يتحقق التلف وان كان لعلة اخرى خارجة اي والضمان ليس منحصراً في الغصب ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك ثم قالا والاولى ان يقال منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف وعدمه لانتفاء المباشرة للإتلاف والغصب (قلت) اذا شك في السببية روعي اصل البرائة وقال في المسالك منشأ الشك في السببية مبني عَلَى تعريف السبب فعلى تفسيره بأنه ما لولاه لما حصل التلف لكن علة التلف غيره فالسببية متحققة اذ لولا غصب الأم لما مات عادة وان فسر بايجاد ما يحصل التلف عنده بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة توقف ثبوت سببيته عَلَى قصد الغاصب ذلك وهذا ما حكيناه عنه فيما سلف وفيه نظر ظاهر وكأنه اخذه مما ستسمعه عن جامع المقاصد ولعله ليس به وستسمع ما فيه وكيف كان فهو مخالف لما في الايضاح قال في الايضاح ينشأ النظر في الاول من انه مات بسببه لصحة اسناده اليه عرفاً ولان السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه وهذا تفسير بعض الفقهاء وزاد آخرون ولولاه لما اثرت العلة وهذا التفسير اولى فعلى هذا ليس هو بسبب ولا يمكن اعتياضه بغيره فهو اعم فليس بسبب (قلت) هذا ما حكيناه عنه عند تعريف السبب من ثمرة الاختلاف في التعاريف وقد تأملنا فيه هناك وقال ولانه لا يدله عليه ولا مباشرة فلا ضمان وهذا هو منشأ النظر في الباقين وايضاً ينشأ في الثاني من انه تصرف في المالك لا في المال ومن حيث انه سبب عرفاً واما في الثالث فمن حيث انه سبب لحدوث ميل يشبه القسري لوجود ميل الولد الى امه طبعاً فهو سبب ومن الشك في كونه سبباً شرعياً في الضمان والاصل البرائة انتهى (وفيه) انه اذا كان سبباً عرفاً كان ضامناً الا ان يقال ان السبب العرفي مبني عَلَى التعريف الاول والسبب الشرعي مبني عَلَى التعريف الثاني فانه لا يكون السبب سبباً شرعاً الا اذا كان تأثير العلة متوقفاً عليه ونحن نشك في توقف حدوث ميل الولد الى امه عَلَى غصبها وقال بعدم الضمان فخر الاسلام في شرح الارشاد في المسائل الثلث وضمنه في تعليقي الارشاد فيهن وفي المسالك انه اصح مع استناد التلف الى فعل الغاصب وفي مجمع البرهان انه ظاهر اذا علم ان التلف بالسبب وقال في جامع المقاصد بعد ما حكيناه عنه آنفاً والتحقيق ان يقال ان قصد توقع العلة في التلف بغصب الشاة والدابة وحبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقعاً فالضمان لازم لضعف المباشر (قلت) اذا كان السبب من شأنه ان يقصد لتوقع تلك العلة كما بيناه فيما سلف فلا حاجة لقصد الغاصب

ولو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت اومن القعود على بساطه او منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية او تلفت عينه لم يضمن ولو مد بقود دابة فقادها ضمن الا ان يكون المالك راكباً قادراً و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد « متن »

اصلاً اذ حفر البئر قد لا يقصد به الحافر توقع العلة الموجبة للتلف ولا قصدها اكثرياً مع انه يضمن قطعاً كما نص عليه هو فيما مضى ومثل حبس المالك عن حراسة ماشيته حبسه عن سقي زرعه وتخيله حتى فسد (قوله) ﴿ ولو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت او من القعود على بساطه او منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية او تلفت عينه لم يضمن ﴾ قد تقدم الكلام في المسائل الثلث عند قوله ولا يكفي رفع اليد (قوله) ﴿ ولو مد بقود دابة فقادها ضمن الا ان يكون المالك راكباً قادراً ﴾ كما في جامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو معنى قوله في الارشاد ضمن الا ان يكون المالك راكباً الا مع الالجاء اذ معناه الا ان يكون المالك ملجأ غير قادر على دفعه بوجه ومعنى قوله في الدروس لو مد بقود دابة وصاحبها راكبها فلا استقلال الا مع ضعفه عن المقاومة وزيد في اللمعة والروضة على ما في الكتاب الوصف بكونه مستيقظاً واقتصر في الشرائع على كونه راكباً ولم يقيده بكونه قادراً ولعله نظر الى الغالب وفي المبسوط لو مد زمام الناقة من مكان الى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لانه لم تزل يده عنها ولم يقيده ايضاً بالقادر (ووجه الضمان) في المستثنى منه انه اذا مد بقودها وقادها تحقق استيلائه عليها واستقلاله بها فيضمن ولو كان مالكها حاضراً عندها لكنه غير مثبت يده عليها وكذلك الحال لو ساقها قدامه بحيث صار مستولياً عليها لكونها تحت يده ولا جماح لها لتحقق معنى الغصب فيه (ووجه العدم) في المستثنى عدم استقلاله بها واستمرار يد المالك عليها لكن قد تقدم انه اذا دخل الدار قهراً مع مالكها انه يضمن النصف وبه صرح الا كثر وقال في التنقيح لا فرق بين المسئلتين وهو اي عدم الفرق ظاهر النافع وشرح الارشاد لفخر الاسلام حيث جعلا في مسئلة الدار قولين كما تقدم بيان ذلك كله فينبغي ان يضمن هنا النصف او ابداء الفرق الا ان تقول ان القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على نصف ولا ربع لان الراكب اقواهما يداً واكثرهما تصرفاً ولهذا لم يحكم له بها كما هو المختار لكن يجب على المحقق الثاني والشهيد الثاني حيث رجحا في الصلح انها بينهما نصفين تبعاً للخلاف والسرائر ان يقولا هنا بانه يضمن النصف وقال الثاني في باب الديات ان جنايتها بيدها على الراكب والقائد بالنصف بل يمكن فيما نحن فيه ادعاء قوة يد القائد هنا بحيث تساوي يد الراكب لانه قادها والمفروض في باب الصلح والقضاء انه قابض لجامها فتأمل جيداً (ووجه الضمان) فيما اذا كان المالك الراكب غير قادر ان الآخذ مستول قاهر فيد المالك كالعدم فكان غاصباً وظالماً وقد تأمل فيه المقدس الاردبيلي لان المالك ايضاً متصرف ولهذا يحكم له باليد وقد تقدم مثله في الداخل على ساكن الدار الذي يضمحل بضعفه من غير ازعاجه هذا ولو اتفق تلفها بقودها حيث يكون الراكب قادراً قوياً على الدفع ضمنها كما في التحرير وجامع المقاصد والروضة لانه جان عليها وفي مجمع البرهان انه لا شك فيه وهل يضمن منفعتها لو لم تتلف احتمالان وقد قوي الضمان في الروضة وكأنه مال اليه في جامع المقاصد لان منافع غير الحر تضمن بالفوات وقد باشر فواتها وقد تأمل في مجمع البرهان وقال في جامع المقاصد لو ساق الدابة وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن (قلت) ينبغي ان يفرض انه غير قادر عليها فيضمن حينئذ لان كان سوقه سبباً واما اذا كان قادراً عليها فانه يكون غاصباً لها ضامناً لها على كل حال ولا حاجة الى جعل سوقه سبباً (قوله) ﴿ و يضمن حمل الغصب ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية لانه مغصوب كالحامل والاستقلال عليه باليد حاصل بالتبعية لامه (قوله) ﴿ لا حمل المبيع بالفاسد ﴾ كما في الدروس

والسوم والحر لا يضمن بالغصب وان كان صغيراً ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي « متن »

وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان ولعله قضية كلام الباقين الا من ستعرفه لانه ليس مبيعاً فيدخل في البيع فيكون امانة في يد المشتري لاصالة عدم الضمان ولان تسلمه باذن البائع مع احتماله لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير وقال في الدروس لعل الفاضل اراد مع اشتراط دخوله (قوله) ﴿والسوم﴾ كما في الدروس والاربعة التي ذكرت بعده فيما قبله ولعله قضية كلام ما بقي الا التذكرة فانه صرح فيها بانه يضمنه (قوله) ﴿والحر لا يضمن بالغصب وان كان صغيراً﴾ قال في مجمع البرهان الظاهر انه لا خلاف في ان الحر لا يضمن بوضع اليد والغصب لانه ليس بمال فلا يدخل تحت يد المتصرف فان اثبات اليد والتصرف انما يقال في الاموال ولا فرق في ذلك بين كونه صغيراً وكبيراً مميزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره ومجنوناً وعاقلاً تلف بموت او بشيء ليس للقبض فيه مدخل انتهى وهو كذلك الا ما يظهر من المفاتيح حيث قال قيل ان الحر لا يضمن الى آخره وما لعله يظهر من النافع حيث ساوى بين الموت بسبب و بغير سبب قال ولو كان لا بسببه كالموت ولدغ الحية فقولان وفي المهذب البارع والمقتصر ان الاصحاب على خلافه واعتذر عنه في التنقيح بانه مسامحة ولا تصغ الى ما في الكفاية من ان عدم ضمان الحر بالغصب هو المشهور ولعله لعدم تعرض القدماء له والا فلا نجد مخالفاً لانها قد طفحت عبارات المتأخرين بان الحر لا يضمن بالغصب وظاهرهم انه لا يضمن عيناً ولا منفعة وبه صرح جماعة ولا بد من التخصيص خصوصاً في المنفعة اذا استوفاها واجمعوا على انه يضمن لو اصابه تلف بسبب الغاصب كالجناية على نفسه او طرفه مباشرة او تسبيباً بل هو ضروري وفي التنقيح انه لا خلاف فيه وفي الروضة الاجماع على انه لا يضمن الكبير مطلقاً وفيها ايضاً وفي التنقيح الاجماع على انه لا يضمن الصغير اذا كان تلفه بالموت الطبيعي (قوله) ﴿ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي﴾ قوي كما في الخلاف والدروس وفيه قوة كما في المختلف وحسن كما في المقتصر وهو خيرة المبسوط في باب الجراح والتبصرة وتعليق الارشاد ومجمع البرهان وقد افتى به جمع كما في جامع المقاصد وكأنه مال اليه فيه والمخالف الشيخ في غصب المبسوط والمحقق في ظاهر الشرائع او صريحها او هو فيها متردد والشهيد في ظاهر اطلاق اللمعة وفي الايضاح انه اقوى وقد يظهر ذلك من موضع من التذكرة وبه حكم اولا في الخلاف ثم قوى الاول كما سمعت وكأنه ميل اليه في المسالك والكفاية وفي الاول انه الاشهر وفي الثاني انه المشهور وهو كما ترى ولا ترجيح في النافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتذكرة في موضع منها وغاية المراد والتنقيح والمهذب البارع والروضة والاول اقوى لانه سبب لتلافه مع عدوانه فكان كالحافر بل هو اقوى منه لان عروض المهلكات له كثيرة بل قصد القتل بمثل ذلك ممكن متوقع ولو كان في مكانه ما لدغته الحية وليس هو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه وليس هناك مباشر اقوى من السبب (ثم) انهم يحكمون بانه اذا نقل عبداً صغيراً او مجنوناً مملوكاً للغير ضمنه سواء نقله الى مسبعة او مضيعة لانه تصرف بغير اذن المالك صرح به في التذكرة وقضيته ان الكبير ليس كذلك ولهذا استشكلوا في ضمان العبد الكبير العاقل بفك قيده وظاهرهم ان غير الفك كالفك فكان المدار في الفرق بين المملوك الصغير والكبير على التسبيب مع عدم القدرة على دفع المهلكات فلا فرق في خصوص هذا بين الحر والعبد فتأمل جيداً مضافاً الى ان الضمان يناسب العدوان والى الاعتضاد بالخبر من استعار حراً صغيراً فعيب ضمن بناء على ان الاستعارة اهون من الغصب فتأمل وبما قيل من ان فتح هذا الباب يفضي الى الاحتيال بذلك الى قتل الاطفال وله نظائر غير الحافر في باب الديات

ولو استخدم الحر فعليه الاجرة ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الاجرة نظر « متن »

كمن قرب صبياً الى الرماة وهو لا يعلم بهم وهو غير غاصب له وليس للقول الآخر الا الاصل وعدم المباشرة وذلك لا يجدي مع ظهور السبب (هذا) وقد يسئل عن حكم المصنف هنا بالضمان واستشكاله فيه فيما اذا نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه الاسد مع ان القائد في المضيعة اقرب الى توقع الهلاك مما نحن فيه فليلحظ ذلك وليتأمل فيه وفي الدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ان المجنون كالصغير بل في الاخير أن الظاهر عدم الفرق بينهم وبين الكبير اذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه ثم حصل في الحبس شيء اهلكه لظلمته وعدم قدرته على الفرار من اذيته فكان كالطفل بل كالحيوانات التي لاشعور لها لمكان الاشتراك في العلة وفي جامع المقاصد والروضة انه لو كان بالكبير خبل او بلغ رتبة الصغير لكبر او مرض ففي الحاقه به وجهان (قوله) ﴿ ولو استخدم الحر فعليه الاجرة ﴾ كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان وكذلك اللمعة والروضة وفي الرياض انه لا خلاف فيه وفي مجمع البرهان لعله مما ليس فيه خلاف لانه قهره واستعمله في عمل واستوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها وبعبارة اخرى انه اخذ منه شيئاً له عوض بغير عوض فكان كأنه غصب منه مالاً واتلفه (قوله) ﴿ ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرارالاجرة نظر ﴾ ولا ترجيح ايضاً في التذكرة والارشاد وغاية المراد واختير عدم استقرارها في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والرياض واجارة جامع المقاصد ومجمع البرهان لان منافع الحر لا تضمن الا بالتفويت والاستعمال لا بالفوات لعدم دخول الحر تحت اليد والضمان لانه ليس بمال ولاصالة البراءة من الاستقرار(والذي)قواه مولانا الاردبيلي استقرارها اي الاجرة بذلك وهو خيرة اجارة التذكرة والمسالك لانها وجبت بالعقد وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر ومنع المستأجر فكان المستأجر بحبسه له سبباً في تضييع الاجرة عليه فتستقر كما لو استأجره زماناً معيناً ثم اعتقله فيه فانه يستقر عليه مال الاجارة قولاً واحداً كما في المهذب البارع ولا نزاع فيه كما في حواشي الشهيد على ما حكاه في جامع المقاصد لان موضوع المسئلة وموضع الخلاف ما اذا وقع العقد على العمل فحبسه مدة يمكن استيفائه ولهذا قالوا لو استأجره لعمل وموضع الاجماع ما اذا تعلقت الاجارة بالزمن المعين بل نقول ان العقد موجب للعوضين وقد بذل هذا عوضه فيلزم الاخر العوض الاخر كما في نفقة الزوجة والمهر فانهما تجب لها النفقة اذا مكنت من نفسها وان لم يستمتع بها كما يجب عليها تسليم نفسها اذا تسلمت المهر بل قالوا انه يضمن الاجرة لو استأجره لقلع ضرسه فبرء بعد ان مضت مدة يمكنه القلع فيها باذلاً الاجير نفسه وانما كان التأخير من جانب المستأجر فينقطع الاصل بذلك والقاعدة القائلة بان منافع الحر لا تضمن لا تتناول محل النزاع فليتأمل جيداً (وقد) بنى الوجهين في الايضاح على ان اجارة الحر نفسه هل هي تمليك للمنافع بعوض او التزام للعمل في ذمته كالدين في ذمة الحر فلا يسقط الا بالاستيفاء او الابراء قال والاشبه الثاني لان الحر يستحق عليه في ذمته ولا تملك عينه ولا منافعه لانها معدومة فتتبع الاصل في الملك واليد وهما منفيان في الحر (قلت) حاصله ان الحر لا يملك ولا يملك منه وانما يملك عليه وان منافعه معدومة وليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك ثم قال ويرد عليه استحقاق المستأجر الاول اجرة المثل على من استعمل الاجير الخاص ثانياً ومعناه انه لو استاجره آخر ضمن اجرة المثل فلولا انه ملك منافعه لما استحق الاجرة على من استعمله ولو كانت ديناً في ذمته لكانت الاجرة للموجب لا المستأجر لان الدين لا يتعين لمستحقه الا ببذله ولانسلم تبعية المنافع للعين مطلقاً كأم الولد فان عينها لا يتصرف فيها ويتصرف بمنافعها والعين المملوكة

ولو حبس صانعاً ولم ينتفع به لم يضمن اجرته « متن »

يجوز بيعها ولا يجوز بيع منافعها و يرد عليه ايضاً ما سمعته في الاستئجار لقلع الضرس وانه يجوز له اجباره عَلَى الاشبه . تامل و يؤيده انه يصح ابراء الحر من الذي استأجره وان منفعته لا تتعين وانما الاجارة المعينة ان يستأجر داراً او دابة معينة فهذه لا يصح الابراء منها فليلحظ (وكيف كان) فعلى الاول تستقر دون الثاني وقال في جامع المقاصد في هذا البناء نظر اذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الاجرة بالحبس المدة المذكورة لان العقد المملك اذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل عَلَى ثبوته بمضي المدة المذكورة انتهى ومعناه ان ما قالوه من ان الاجارة اذا كانت عَلَى عمل كما اذا اجر العبد للعمل الفلاني ومضت مدة يمكن فيها استيفاء العمل والعبد في يده استقرت الاجرة عليه انما يتم في العمل الذي يدخل تحت اليد ويعد مضموناً باثبات اليد عَلَى متعلقه ولا يكون ذلك الا في الاعيان المملوكة فان الدليل حينئذ قائم عَلَى استقرارها بمضي المدة لأن منافعها قد صارت تحت يده فكان تلفها محسوباً عليه لانه يكون بمنزلة ما اذا استوفى المقبوض فوجب عليه العوض ولا يتم ذلك في الاعمال التي تصدر عن الحر لانه لما لم يمكن دخوله تحت اليد دخول ضمان اذ اليد له فلا يتصور كونه ذايد بهذا المعنى اعني يد استيلاء مؤثر كما في اليد في الاموال التي يقتضي ظاهرها الملك اذ الشخص الذي يكون مالكاً ولا يكون مملوكاً يمتنع في حقه ذلك (اذا تقرر ذلك) فمنافعه وان كانت مملوكة الا انها لكونها معدومة لا يتصور دخولها تحت اليد استقلالاً ولما كان هو لا يدخل تحت اليد امتنع دخولها تبعاً والدخول تحت اليد منحصر في الاستقلال والتبعية فامتنع دخولها بالكلية فلا تكون مضمونة ولا تستقر سواء مضت مدة يمكن فيها العمل ام لا نعم اذا استوفاها يكون قد قبضها فيضمنها فيكون حكمهم باستقرار الاجرة عَلَى قلع الضرس عَلَى خلاف الاصل (والتحقيق) ان القول بان المنافع معدومة باطل قطعاً بل هي اما موجودة او مقدرة الوجود ولهذا عدت مالا وجعلت مورد العقد لان العقد لا يرد الا عَلَى موجود او ما في حكمه ولا ريب انه يجوز ان تكون الاجرة ديناً فلو لم يلحق المنفعة بالموجودات لكان في معنى بيع الدين بالدين فصح لهم ان يقولوا انه ملكها وهي في يده واهمل استعمالها حتى تلفت عَلَى ملكه فكان تلفها منه ومن ماله وتكون مسئلة الضرس ومسئلة الاجير الخاص وغيرهما مما جرى بها عَلَى الاصل ولا يرد عَلَى ذلك الا الابراء والتعيين والجواب عنهما ممكن والامر هين بل القول بان المنافع معدومة انما هو للعامة كما حكاه عنهم في التذكرة واطال في الرد عليهم وقال في جامع المقاصد ووجه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه بان المنافع ملكها المستأجر وتلفها مستند الى فعله و يؤيده الحكم باستقرار الاجرة عَلَى قلع الضرس مع البرء وسبق التمكين من فعله (قلت) هذا مراده في الايضاح كما اشرنا اليه قال والتحقيق ان هذا هو تمليك المنافع فاذا اهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن احد فلم يات الشهيد بشيء اخر كما انه في غاية المراد اتي بما في الايضاح من تحرير وايراد و ياتي في المسئلة الاتية ماله نفع في هذه (قوله) ﴿ولو حبس صانعا ولم ينتفع به لم يضمن اجرته﴾ هذا مقطوع به في كلام الاصحاب كما في الكفاية والقطع به في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والمهذب البارع والمسالك والروضة ولا قطع في التذكرة وانما قال هو الاقوى ولا تعرض له في غيرها فيما اجد وستسمع ما نحكيه عن المولى الاردبيلي لما تقدم من ان منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له فاشبهت ثيابه اذا تلفت عليه واطرافه وقد قوى الضمان المقدسان الاردبيلي والأستاذ قدس الله روحيهما فيما اذا كان الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس لان في عدم تضمينه ضرراً عظيماً فانه قد يموت هو وعياله جوعاً مع كونه ظالما عاديا ووجودما يدل عَلَى جواز التعدي بما اعتدى وجزاء السيئة سيئة والقصاص ونحو ذلك (وحاصله) ان الضمان ليس للغصب بل لمكان الضرر العظيم المنفي واحتمل في الرياض اختصاص كلام الاصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت بل الفوات خاصة قال

ولو استاجر دابة او عبداً فحبسه بقدر الانتفاع ضمن ولو غصب خمراً من مسلم او من متظاهر لم يضمن ولو كان كافراً ويضمن من الكافر المستتر وان كان مسلماً «متن»

و يظهر الفرق بين الصورتين فيما اذا حبسه مدة لها اجرة في العادة فان كان لو لم يحبسه لحصلها كان حبسه سبباً لتفويتها فيضمن هنا كما ذكراه وان كان لو لم يحبس لم يحصلها ايضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها وهذا هو مراد الاصحاب بحكمهم بنفي الضمان فيه انتهى (قلت) يدفع ذلك كله قولهم جميعاً الا المصنف في التذكرة لو حبس صانعا ولم يقولوا حرا ولا رجلا وذلك لان صاحب الصنعة مما لمدته اجرة غالباً مضافاً الى كلامهم في المسألة الاولى هذا وكما رتبوا الحكم على الصانع رتبوه ايضاً على الحبس الا في التبصرة فانه عبر بالمنع مع انه قال في التذكرة اما لو منعه عن العمل من دون حبس لا يضمن منافعه وجهاً واحداً لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر اولى (قوله) ﴿ولو استاجر دابة او عبداً فحبسه بقدر الانتفاع ضمن﴾ كما في الشرائع والتحرير والمسالك وهو قضية كلام من قال ان الدابة مال تضمن منافعها بالفوات والتفويت فعليه لو استأجرها لعمل معين فحبسها مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة سقط حقه من المنفعة واستقرت عليه الاجرة بل قالوا انه يستقر عليه الاجرة ولو كانت الاجارة فاسدة بل قضية كلامهم وصريح التحرير انه لو حبسها من دون اجارة ضمن كما انهم قالوا في باب الاجارة انه لو بذل له العين المؤجرة فلم ياخذها حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه ان كانت الاجارة صحيحة والا فلا والوجه في ذلك كله ظاهر مما تقدم (قوله) ﴿ولو غصب خمراً من مسلم او متظاهر لم يضمن وان كان كافراً ويضمن من الكافر المستتر وان كان مسلماً﴾ لو غصب خمراً واتلفها فلا يخلو اما ان يكون الغاصب المتلف مسلماً او كافرا والمغصوب منه اما مسلم او كافر فالاقسام اربعة (الاول) ان يكونا مسلمين فلا ضمان عليه اجماعاً كما في التذكرة و بلا خلاف اي بين المسلمين كما في الخلاف وما في المختلف من انه الاشهر وفي المسالك من انه المشهور فانما هو لمكان خلاف ابي علي قال انه يضمن الخمر المغصوبة بمثلها خلا واطلق وقد فهموا منه انه امسكها للتخليل ولا بد ان يكون اراد ذلك و بذلك اي عدم الضمان لو غصبها المسلم من مثله صرحت عباراتهم كعبارة المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع وغيرها وانعقدت عليه اجماعاتهم وشهراتهم وهي باطلاقاتها تشمل ما اذا كان قد اتخذها للتخليل او لغيره بل صرح الشهيدان والمحقق الثاني بانه لا يضمن اذا كان قد اتخذها للتخليل وانما ياثم وفي المسالك انه المشهور وقال الاخير انه يعزر ايضاً (وليعلم) انه يجب عليه ردها مع بقاء عينها ولو تخللت ردها خلا لان الملك وان زال الا ان توابعه باقية وهي الاولوية ولهذا لا يجوز غصبه كما تقدم ذلك في باب الرهن وفي مجمع البرهان ان خروجه عن ملكه بالخمرية غير ظاهر ولا يدل عليه جواز اخذه واهراقه وعدم الضمان بغصبه على انا قد نمنع جواز ذلك فيما اذا اتخذها للتخليل وان لم يكن ضامناً لعدم وجود مملوك يمكن عوضه لان الخمر لاعوض لها على انا قد نكلفه بالمثل خصوصاً اذا كان متخذا للتخليل او بالخل كما قيل انتهى وتمام الكلام في باب الرهن وظاهر المفاتيح او صريحه انه ان كان اتخذها للتخليل ضمن اي المتلف (الثاني) ان يكون المتلف في الفرض المذكور كافرا ففي الخلاف نفي الخلاف عن انه لا يضمن وبه طفحت عباراتهم كالمبسوط والخلاف والسرائر وما تأخر عنها من صريح وظاهر في ذلك (الثالث) ان يكون الغاصب المتلف مسلما وصاحبها كافرا فان كان متظاهرا بشربها والمعاملة عليها فلا ضمان وكأنه لم يختلف فيه اثنان لان الشرع انما الزمنا اقرارهم عليه في دارنا مع الاخفاء واما ان كان مستترا فعليه ضمانه باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف والاجماع ايضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة والعبارات في ذلك اعني الحكم بين نصة وظاهرة (الرابع) ان يكونا كافرين فان كان المغصوب منه مستترا فعليه ضمانه ايضاً باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف والاجماع ايضاً ظاهر الكتب الثلثة ايضاً وبه صرحت جملة من العبارات وشملته الاخرى

بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وان اتلف الكافر عَلَى اشكال ولو نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه السبع ففي الضمان اشكال ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني والايدي المترتبة عَلَى يد الغاصب ايدي ضمان « متن »

بالاطلاقات واما اذا كان متظاهرا فلا ضمان كما تقدم (قوله) ﴿ بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وان اتلف الكافر عَلَى اشكال ﴾ ان كان متلف خمر الكافر المستتر مسلما لزمته القيمة باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف واجماعاً كما في المسالك وعندنا كما في التذكرة ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم وان كانت مثلية (واما) اذا كان المتلف كافرا فعندنا انه يضمن بالقيمة عند مستحليها بدليل اخبارنا واجماع الفرقة عَلَى ذلك كما في الخلاف وعندنا كما في التذكرة وهو خيرة المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف والتبصرة والايضاح واللمعة والروضة والقاضي في اخر كتاب الغصب فيما حكي وفي جامع المقاصد والمسالك ضمانه بالقيمة اذا ترافعوا الينا وقد يكون ذلك مراد الاولين وقد لا يكون والمخالف القاضي في القول الاخر قال ان عليه مثلها فكان له قولان والمصنف هنا استشكل والمحقق في الشرائع تردد ولا ترجيح في الدروس ومجمع البرهان من انها مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بمثله ومن انه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر وان كنا لا نعترضهم اذا لم يتظاهروا بها فامتنع الحكم بالمثل للعارض فيجب الانتقال الى القيمة كما اذا تعذر المثل في المثلي وفي مجمع البرهان كأن التقرير مع الجزية مجوّز لامثال ذلك هذا وفي جامع المقاصد الحكم بالمثل بعيد فانهم متى اظهروا الخمر زال احترامها وقال فان قيل لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها قلنا الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار اذا امتنع من الاداء فانه يحبس حتى يؤدي وذلك مناف للاستتار (قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها التظاهر بشربها والمعاملة عليها لان الذي عدّوه من نواقض العهد وتركه من شرط الذمة اظهار شرب الخمر في دار الاسلام لا مطلق البحث عنها فالمدار في عدم الحكم عليهم بالمثل عَلَى الاجماعات والاخبار المرسلة في الخلاف المعتضدة بالشهرة والا فالمنافات لشرع الاسلام لا يخلو من نظر ايضاً ولذلك لم يستدل بها في المبسوط والخلاف والتذكرة واول من استدل بها الفخر في الايضاح (قوله) ﴿ ولو نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال ﴾ هذا ذكره في التذكرة قال لو نقل صبياً حرا الى مضيعة فاتفق سبع فافترسه فلا ضمان عليه احالة للهلاك عَلَى اختيار الحيوان ومباشرته ولم يقصد الناقل بالنقل ذلك وفيه اشكال اما لو نقله الى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان لانه قصد الاتلاف بالنقل ففرق بينهما بقصد الاتلاف وعدمه والشيخ في المبسوط اختار عدم الضمان لان الحر لا يدخل تحت اليد كما تقدم ذلك كله وقال في جامع المقاصد ان هذا الاشكال ليس بشيء بعد ما سبق من كلامه من ان الصبي اذا القاه في مسبعة فافترسه سبع ضمنه وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية ووقوع الحائط عَلَى الراي فان القائه في مضيعة اقرب الى توقع علة الهلاك من هذه الاخيرة وهو كذلك وقد تقدم التنبيه عَلَى ذلك ولعله لا معنى لذكر الاولى والنقض عليه بها (قوله) ﴿ ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان عَلَى الثاني ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان سببه اخص لكون التلف يعقبه فاشبه المنفر مع فاتح القفص والمخالف بعض الشافعية حيث ذهب الى انه لا ضمان عَلَى واحد منهما (قوله) ﴿ والايدي المترتبة عَلَى يد الغاصب ايدي ضمان ﴾ كما في الشرائع والنافع والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهذه بعضها صرح بها في الكتاب وبعضها معناه ذلك وفي الشرائع والارشاد والدروس وصف الايدي بكونها غاصبة و ياتي بيانه ثم انه قد طفحت عبارات جماعة منهم عند الكلام عَلَى البيع الفضولي بمثل ذلك وفي مجمع البرهان لعل الحكم بضمان جميع الايدي

فيتخير المالك بين ان يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتبت يده على يده سواء علم الغصب او لا وسواء كانت ايديهم يد غاصب او لا وسواء استعاده الغاصب غصباً او لا « متن »

المتعاقبة على الغصب فيكون المالك مخيرا في اخذ عوض العين بعد تلفها ومنافعها ممن اراد اجماعي وسنده ادلة ضمان الغاصب مثل العقل والنقل مثل الاعتداء وجزاء السيئة والعقاب بمثل ما عوقب قال ولكن ينبغي ان يكون ذلك مع تحقق كون الكل غاصباً بالتعريف المتقدم (قلت) اراد بذلك اخراج الجاهل وقد صرح بتضمين الجاهل وان للمالك الرجوع عليه في المبسوط في عدة مواضع والكتاب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو قضية كلام النافع واللمعة حيث قالا فيهما ولو تعاقبت الايدي والايدي المتعاقبة من دون وصفها بكونها غاصبة بل صرح بعد ذلك في الثاني انه يرجع على الجاهل وفي الشرائع وصف الايدي بكونها غاصبة لكن قد صرح في مطاوى كلامه بانه يرجع على الجاهل نعم عبارتا الارشاد والدروس قد وصفت فيهما الايدي بكونها غاصبة وعادية ولم يصرح فيهما فيما بعد ولا فيما قبل برجوعه على الجاهل بل سبق لصاحب الدروس ان الجاهل بغصب البيت اذا سكن فيه بامر الغاصب يضمن المنفعة خاصة وقضيته ان الواضع يده جاهلا ليس بضامن لما وضع يده عليه بل انما يضمن المنفعة لانه استوفاها بل قال المقدس الاردبيلي ان في ضمان المنفعة تأملاً لانه مغرور وقال في جامع المقاصد بعد حكاية ذلك عن الدروس انه يجب استثناء هذا يعني البيت قال وفيه توقف (قلت) قد تقدم ان في الشرائع والارشاد والتحرير والدروس والمسالك والكفاية انه لو اسكن غيره فالساكن ليس بغاصب وفي التحرير والارشاد تقييده بما اذا كان المالك غائباً وفي الثلثة الاخيرة تقييده بما اذا كان جاهلا وقد تاولناه هناك بانهم يقولون بالضمان وان لم يسموه غاصباً (وكيف كان) فقد صرح في الدروس في باب البيع بان له ان يرجع على المشتري الجاهل وقد سمعت ما في اللمعة وقد عرف الغصب في الارشاد بانه الاستقلال باثبات اليد من دون اذن المالك فيكون الجاهل غاصباً عنده وان لم يكن عادياً اثماً فكان موافقاً وقد يظهر من المسالك ان الكلمة متفقة على ان الحكم في يد الجاهل والعالم واحد في الضمان وتخير المالك في الزام ايهما شاء ببدل المغصوب عينا وقيمة وان الجهل ليس مسقطاً للضمان وانما يفترقان في استقرار الضمان فالعالم كالغاصب يطالب بكل ما يطالب به والجاهل اذا كانت يده يد امانة لا يضمن اذا تلفت العين وانما يضمن الغاصب (قلت) وهو كذلك والتتبع يقضي بذلك فلتلحظ المطولات في باب الوديعة والرهن والوكالة والقراض فالاجماع عندنا محصل معلوم على ان الايدي المترتبة على يد الغاصب ايدي ضمان ولم نجد من خالف او تأمل في ذلك الا ما سمعته عن الجماعة في ساكن البيت ومولانا الاردبيلي وقد اطال الكلام في المقام (وحاصل كلامه) ان الجاهل لا يطالب ولا يضمن ولم تثبت كلية كل من وضع يده على مال الغير يكون ضامناً وان كان جاهلا الا بمثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت ولم تظهر صحته ولا تواتره ولا صراحته وانه لو كان كذلك لكان ينبغي ان يكون حكمه حكم الغاصب بالكلية مع انهم لا يقولون به ثم استنهض كلام الدروس في ساكن البيت وما كنا نؤثر ان يقع مثله من مثله (وكيف كان) فدليل الاصحاب بعد الاتفاق عموم الخبر المشهور المعمول به في ابواب الفقه وان كان الراوي له سمرة بن جندب وانه اثبت يده على مال الغير بغير اذنه وان الجهالة لا تقدح في الضمان وان انتفى معها الاثم لامتناع خطاب التكليف في حق الجاهل بخلاف خطاب الوضع وقد يقال ان على ظاهرة في وجوب الدفع فيكون من خطاب الشرع كما تقدم في الوديعة وقضية كلامهم ان للمالك مطالبة من ترتبت يده على الغصب مع عدم التلف بتسليم العين او البدل لمكان الحيلولة (قوله) ﴿ فيتخير المالك بين ان يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتبت يده على يده سواء علم بالغصب او لا وسواء كانت ايديهم ايدي غصب او لا وسواء استعاده الغاصب او لا ﴾ قد تقدم الكلام فيه و ياتي تمامه وليس الاخير من باب فرض وجود الشيء بعد عدمه

وللمالك الرجوع عَلَى الجميع يبدل واحد لكن الثاني ان علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب و يستقر الضمان عليه اذا تلف عنده ولا يرجع عَلَى الاول لو رجع عليه ويرجع الاول عليه لو رجع على الاول هذا اذا تساوت القيمة او كانت في يد الثاني اكثر ولو زادت في يد الاول طولب بالزيادة دون الثاني ولو جهل الثاني الغصب فان كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان عَلَى الثاني والا فعلى الاول كالوديعة والرهن والوكالة « متن »

(قوله) ﴿وللمالك الرجوع عَلَى الجميع ببدل واحد﴾ كما في الشرائع والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية اي بالتقسيط وان لم يكن متساويًا لانه يجوز له الرجوع عَلَى كل واحد بالجميع كما في الشرائع واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذلك النافع والتذكرة والارشاد والدروس وجواز الرجوع عَلَى كل واحد بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض وكذا له تقسيط ما يرجع عَلَى از يد من واحد وترك الباقين لما ذكر و به صرح في بعض ما ذكر وانما كان البدل في جميع هذه الاحوال واحدا لان المستحق له شيء واحد فلا يكون له بدل متعدد (قوله) ﴿لكن الثاني ان علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام اخرين لانه غاصب فجميع ما يترتب عليه من التغليظ يترتب عليه (قوله) ﴿و يستقر الضمان عليه ان تلف عنده فلا يرجع عَلَى الاول لو رجع عليه و يرجع الاول عليه لو رجع عَلَى الاول﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو قضية كلام غيرهما لانه ظالم بامساك مال الغير في يده مع علمه بانه له وقد حصل التلف في يده فكانا متساويين في كون كل منهما غاصبًا وانفرد الثاني بزيادة وهي كون التلف في يده فيختص ببدله فلو رجع عَلَى الاول استحق الرجوع عليه دون العكس وكذا يستقر ضمان المنفعة عَلَى من استوفاها عالمًا (قوله) ﴿هذا اذا تساوت القيمة او كانت في يد الثاني اكثر ولو زادت في يد الاول طولب بالزيادة دون الثاني﴾ كما صرح به في الكتب المتقدمة عدى الروضة وقال في جامع المقاصد بناء هذا الحكم عَلَى ان الغاصب يضمن اعلا القيم من حين الغصب الى حين التلف فقوله هذا اشارة الى ما ذكره من استقرار الضمان كله عَلَى الثاني فان ذلك لا يستقيم الا اذا لم يختص الاول بشيء لم يشاركه الثاني فيه وهو كون القيمة السوقية في يده اكثر فان تلك الزيادة مستحقة للمالك وعهدتها عَلَى من حصلت في يده فانه يطالب بالزيادة وحده واما الثاني فانه يطالب باعلى القيم في يده قال وسياتي ان شاء الله تعالى ان المختار وجوب قيمته حين التلف خاصة فلا يتم ما ذكره (قلت) يستقيم ذلك بزيادة العين ونقصها كالسمن والصنعة كما هو واضح (قوله) ﴿ولو جهل الغصب فان كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان عَلَى الثاني والا فعلى الاول كالوديعة والرهن والوكالة﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ونحوه ما في الروضة وقد نبه عليه في اللمعة ونفى عنه البأس في مجمع البرهان (واما) ان قرار الضمان عَلَى الثاني لو تلفت العين في يده بدون تفريط لو كانت يده يد ضمان فلانه دخل عَلَى ان العين مضمونة عليه اما بالتزامه او بمقتضى الحكم الشرعي فلا اثر لغروره بكون العين ملكا للغاصب وانما يؤثر الغرور لو كان بريئا من الضمان عَلَى تقدير كون العين ملكا للغاصب فيكون الضمان اذ اظهر كونها ملكا للغير وانه غصبها منه بتغريره واما في صورة المسئلة فانها لو كانت ملكا للغاصب وتلفت في يد المستعير مثلا لزمه الضمان فلم يلزمه بتغريره بكونها ملكا له ضمان لم يكن لازما عَلَى تقدير الملك وكذلك المقبوض بالبيع الفاسد بمثل الجهالة ونحوها من مفسدات العقد لا بكونه مغصوبا بمعنى ان لا يكون فساده بكون العين مغصوبة لان هذا نسميه هنا عقدا صحيحا كما ستسمع بل فساده بامور اخر غير الغصب

ومهما اتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه الا مع الغرور كما لو اضافه به ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار وكذا لو اودعه المالك او اجره اياه «متن»

حتى لا يكون للغرور فيه مدخل فانه اي هذا يضمن العين وان كانت ملكا للغاصب كما بيناه في باب المكاسب (واما) ان قرار الضمان اي الاول لو تلفت في يد الثاني وكانت يده يد امانة فلانه غره بكون العين ملكا له وانه سلمه اياها امانة كالوديعة والعارية التي ليست مضمونة والعين المرهونة والموكل عليها والمضارب عليها وقد ظهر كونها مضمونة والمغرور يرجع على من غره (ومن اقسام يد غير الضمان ايضا الاجارة والجعالة والمزارعة والمضاربة لكنه ياتي للمصنف في باب المضاربة الاشكال في العين المضارب عليها وقد قرب في باب الهبة المصنف وولده والمحقق الثاني ان المتهب يرجع على الواهب بما غرمه من القيمة اذ اظهر الموهوب مستحقا (ومن اقسام يد الضمان ماذكره المصنف من الاقسام الثلثة ولم يتأمل في المقبوض في السوم هنا كما نبهنا عليه انفا وقد ترك ذكر المبيع صحيحاً مع انه عده منها في التذكرة لاختلاف احكامه لان المبيع ان كان صحيحاً لولا الغصب كان مغرورا لانه دخل اي ان البيع صحيح وان العين ملك للبائع وان مازاد اي الثمن من قيمتها لهوان منافعها له مجانا فاذ اظهر كونها ملكا لاخر وان البائع غاصب فقد فاته ذلك وثبت تغريره فيرجع عليه بكل مالولا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن فيده بالنسبة الى الثمن يد ضمان فيصح مافي التذكرة وبالنسبة الى مازاد عنه من القيمة والمنافع ليست بيد ضمان وقد تقدم الكلام في المنافع ونحوها في باب البيع ويأتي في اواخر الباب ايضاً والضابط ان كل شيء اذا فرضنا الغاصب فيه مالكا ولا يلزم الثاني فيه غرامة فله الرجوع فيه وما تلزمه فيه الغرامه على فرض كونه مالكا فلا تغرير فيه ولا رجوع (قوله) ﴿ومهما اتلف الاخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه﴾ قد تقدم بيان حكم قرار الضمان فيما اذا تلف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب وبين هنا انه اذا اتلفه فقرار الضمان عليه لان الاتلاف اقوى من اثبات اليد العادية كما هو ظاهر وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد وقال في الاول ايضا بعد ذلك ولو لم يستقل بالاتلاف بل شاركه فيه غيره فالضمان عليهما معا فيرجع المالك على كل واحد بالنصف ولا يرجع احدهما على الاخر بشيء الى ان قال ولا نعلم في ذلك خلافا وهو محكي على الجميع (قوله) ﴿الا مع الغرور كما لو اضافه به﴾ فالضمان على الغاصب بلا خلاف منا فيما اجد فيما اذا قال كله فهذا ملكي وطعامي او قدمه اليه ضيافة حتى اكله ولم يقل انه مالي وطعامي اولم يذكر شيئا وفي التذكرة انه الذي يقتضيه مذهبنا (قلت) لمكان الاعتماد على اليد الدالة على الملك والامارة الدالة على الاباحه وفي المبسوط انه الاقوى وبه جزم في الشرائع وغيرها في مطاوى الباب وغيره وقد تقدم للمصنف في الباب الجزم بذلك وظاهر جماعة وصريح اخرين ان المالك يتخير في تضمين كل واحد من الآكل والغاصب ويستقر الضمان على الغاصب ونقل في الشرائع قولا بانه يضمن الغاصب من اول الامر من غير ان يشاركه الآكل لضعف المباشرة بالغرور فاختص السبب لقوته وفي المسالك ان الاول اظهر وفي الكفاية انه اشهر (قلت) لم نجد القول الثاني لاحد من اصحابنا بعد التتبع وانما هو قول الشافعي في القديم وبعض كتب الجديد قال انه ليس للمالك الرجوع على الآكل لانه غره حيث قدم اليه الطعام واوهمه ان لاتبعة فيه عليه والمشهور عند الشافعية الاول حكى ذلك في التذكرة (قوله) ﴿ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتذكرة وغيرها بل ليس فيه خلاف وفي التذكرة انه الذى يقتضيه مذهبنا والمفروض في هذه الكتب انه غصب طعاما فاطعمه مالكه فاكله مع الجهل وقضية الاطلاق عدم الفرق بين قوله كله فانه طعامي اولم يقل شيئا نعم قد يظهر من الايضاح الفرق في مسئلة تزويج الغاصب المالك الجارية واول من ذكر المسئلة الشيخ في الخلاف ونسب الخلاف الى اصحاب الرأي (قوله) ﴿وكذا لو اودعه المالك او آجره اياه﴾ اي يرجع عليه بعوض

ولو وهبه الغاصب من اخر فرجع المالك عليه احتمل رجوعه عَلَى الغاصب لغروره وعدمه لان الهبة لا تستعقب الضمان ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرئ الغاصب وفي الارش اشكال « متن »

العين والمنافع وعوض الاجارة كما في جامع المقاصد وفي التذكرة انه لا يبرء من الضمان وقضيته انه لو تلف في يده رجع اليه بقيمته لانه لم يعد اليه سلطانه اذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ او استيفاء المنفعة فلم يكن التسليم تاما وكذلك الحال فيما اذا ارهنه اياه او اعاره له عارية غير مضمونة واما اذا وهبه للمالك او اهداه اليه او باعه منه وسلمه اليه او اقرضه له فانه فيها كلها لا يرجع عليه لانه قد تسلمه تسلماً تاما فسقط حقه وزالت يد الغاصب عنه بالكلية وكذلك لو اعاره له عارية مضمونة في ذاتها او بالشرط اودفع اليه عوض حقه الثابت عليه عَلَى سبيل الهدية فاخذه المالك عَلَى هذا الوجه ونوى الدافع عن حقه عَلَى الاقوى وفرق بينه وبين ما اذا وهبه عين ماله كما ذكر ذلك كله في التذكرة والتحرير وياتي ذكر هبته له في كلام المصنف ايضا (قوله) ﴿ ولو وهبه الغاصب من اخر فرجع المالك عليه احتمل رجوعه عَلَى الغاصب لغروره ﴾ بكون ذلك ملكه وانه قد وهبه اياه بغير عوض ومقتضى الهبة انه اذ اتلف في يده لا يلزمه عوضه وقد تبين كونه مغصوبا والمغرور يرجع عَلَى من غره وهو خيرة جامع المقاصد وقد حكاه في التذكرة عن الشافعي في احد قوليه وانه استدل عليه بان يدا لاتهاب ليست يد ضمان اي كيد المستام والقابض بعقد فاسد وهو متجه وقد وجه المصنف العدم بان الهبة لا تستعقب الضمان كما ياتي بيانه (قوله) ﴿ وعدمه لان الهبة لا تستعقب الضمان ﴾ اي لان الهبة لا تقتضي ضمان الواهب العين للمتهب لانه اخذها عَلَى انها اذا تلفت يكون تلفها منه وهو اصح القولين عند الشافعية (وفيه) انه وان كان اخذها عَلَى ان تلفها منه لكنه لم ياخذها عَلَى انه ثابه فكان الغرور باقيا فيعمل بمقتضاه ولا يفرق بين ما اذا اتلفها او تلفت في يده ولا ترجيح في التذكرة ولم يذكره في الايضاح واما اذا كانت الهبة معوضة بالمال فيحتمل كونها كالبيع الصحيح لولا الغصب ونفى عنه البعد في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرء الغاصب ﴾ اما ان الاستيلاد ينفذ فلا شك فيه كما في جامع المقاصد وعليه نص في التحرير والتذكرة لتحقق المعنى المقتضي وهو اتيانها بولد من المالك فان من اولد مملوكته عَلَى انها مملوكة الغير كان الاستيلاد نافذاً (واما) ان الغاصب يبرء فهو صريح التحرير وفي جامع المقاصد انه ينبغي تقييده بما اذا علم الحال لانها لو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك على انها زوجته وهي مملوكة للغاصب لم يبرء لكون التسليم غير تام واستشكل في التذكرة في برائته من الضمان ثم قرب العدم (قوله) ﴿ وفي الارش اشكال ﴾ الظاهر ان المراد بالارش ارش ما ينقص منها بالولادة كما قالوه في من غصب مملوكة فوطئها قالوا لو احبلها وولدت فعليه ارش ما نقص منها بالولادة كما ياتي وفسره في جامع المقاصد بانه تفاوت ما بين قيمتها طلقا يتصرف بها اي تصرف اراد ومتى اراد وبين قيمتها ممنوعا من اخراجها عن الملك مع تجويز عروض زواله قريباً وبعيدا وتجويز عدمه لانه لا يعلم هل يموت ولدها ام يبقى وموته بعد ساعة او بعد زمن طويل قال فتفاوت ما بين القيمتين هو الارش قال وانما حققنا الارش بما ذكرناه ليعلم انه اذا مات الولد ورجعت طلقا لا يستعاد من المالك لان العيب الذي ثبت لم يزل وانما انقطع بعد مدة والماخوذ ارشا انما أخذ عَلَى تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله فما توهمه بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشيء ويظهر من الايضاح ان الارش هنا المهر ولعله اراد مهر امثالها او العشر ونصف العشر كما جاء ذلك في عبارة الارشاد فيمن غصب مملوكة فوطئها كما ياتي قال في الايضاح في توجيه الاشكال ينشأ من غروره فكان كما لو قدم طعام الغير اليه وامره باكله ومن انه المباشر للاتلاف

وكذا لو وهب منه، لو قال هو عبدي فاعتقه فاعتقه فالاقوى النفوذ وفي الغرم اشكال ينشأ من الغرور ومن زوال الملك بازالته والصرف الى مصلحته « متن »

فاعتقاده هنا كما توهمه مستلزما للاباحة لانه لم ينص عليه بخلاف الامر بالاكل فهو كشراء الجاهل بالغصبية للمغصوب فضمانه لزيادة القيمة كضمانه هنا للمهر انتهى ولا يخفى مافيه مما اسرنا اليه فيما سلف ولم يتضح لنا معنى قوله فضمانه لزيادة القيمة الى اخره على المشهور المعروف من ان اشتري الجاهل لا يضمن مازاد عن الثمن فليتأمل فيه جيدا ولعل الاصح ضمانه الارش بالمعاني الثلثة لانه غره فلا يقصر عما لو ضيفه بطعامه وهو خيرة جامع المقاصد فيما فهمه من معنى الارش (قوله) ﴿ وكذا لو وهبه منه ﴾ قد تقدم الكلام (قوله) ﴿ ولو قال هو عبدي فاعتقه فاعتقه فالاقوى النفوذ ﴾ كما في الايضاح لانه فعل صدر من اهله في محله وان العتق مبني على التغليب وان العبد في حال العتق ملك للمعتق عن نفسه والمالك الحقيقي اقوى من الضمني واستشكل في التذكرة لكنه قرب فيما اذا قال الغاصب اعتقه عني النفوذ فهذا ان لم يكن اولى فلا اقل من المساواة وقال في التحرير الوجه عدم النفوذ وهو خيرة حواشي الشهيد وجامع المقاصد المغرور كما في التحرير ولانه لم يقصد اعتاق عبده بل قصد اعتاق عبد الغاصب وهما غيران والايقاعات والعقود تابعة للقصود كما في الايضاح وهما معنى مافي التذكرة من انه لم يرض بعتق عبده وقال المحقق الثاني التحقيق ان العتق المقصود هو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذي هو المالك في نفس الامر والذي يحاول وقوعه هو عتق عبد المالك واحدهما غير الاخر فان كان القصد معتبرا فالمقصود غير واقع فيكون منفيا والاخر غير معلوم فلا يكون صحيحاً وكون العتق مبنيا على التغليب لا يدفع ذلك لان هذا البناء فرع وقوعه صحيحا والملك وحده غير كاف في وقوع العتق من دون صيغة صحيحة وادعاء كون هذا عتقا صدر من اهله في محله في موضع المنع وان كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال سواء اوقعه عن نفسه او عن الغاصب فانه يملك فكه من الرق وقد حصلت الصيغة والقصد غير معتبر بل يلزم انه متى قصد اعتاق عبد الغير ظاهراً بوكالة ثم ظهر كونه مملوكا له في وقت الاعتاق بارث او شراء من وكيل ونحوه يجب الحكم بصحته ونفوذه وهو من ابعد الاشياء مع ان في اعتاق عبده الذي لو علمه لم يرض بعتقه وقطع سلطنته عنه ضرراً عظيماً منفياً بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار وربما قصد الغير الاضرار بالمالك فدلس عليه عبده ثم سلطه على اعتاقه عن نفسه على انه ملك الغير فيكون في الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الاضرار به مع ان المدلس ربما لم يثبت يده عليه اي العبد فلا يستحق المالك عليه شيئاً قطعاً وهذا من ابعد ما يستبعد (قلت) قد قالوا فيما اذا باع مال ابيه بظن الحيوة وانه فضولي فبان ميتاً حينئذٍ وان المبيع ملكه ان الوجه الصحة بل قد يلوح من هبة الكتاب انه محل اجماع وقال في جامع المقاصد في توجيه كلامهم ان قصده الى اصل البيع كاف وهنا يقولون قصده الى اصل العتق كاف وكلما اورده هنا جار هناك بل هنا زيادة ليست هناك وهي بناء العتق على التغليب وما ذكره هنا من الاستبعاد مع انه جار في فرضه في البيع لا يجدي في اثبات الاحكام وانما يؤخذ مويداً على انهم قد يقولون ان المالك قد قصر في عدم الفحص والتأمل فتأمل ونحو ذلك ما اذا باع فضولا ثم بان شراؤه وكيله له وقد اوضحنا ذلك كله في باب البيع (هذا) والمراد بقوله في الكتاب اعتقه اعتقه عنك كما فرضنا فيه المسئلة ويدل عليه قوله فيما بعد اعتقه عني وان النفوذ لولا ذلك ضعيف هذا ولو لم يقل هو عبدي بل اثبت يده عليه على وجه يقتضي الملك ظاهراً ثم قال له اعتقه عنك فان الاحكام تجري فيه كما تجري احكام البيع وغيرها وان لم يقل للمشتري هو عبدي بل اعتمد على يده الدالة على كونه مالكاً كما نبهنا عليه فيما اذا قدم اليه طعام نفسه (قوله) ﴿ وفي الغرم اشكال ينشأ من غروره ومن زوال الملك بازالته والصرف الى مصلحته ﴾ اي لو قلنا بنفوذه كما قربه المصنف ففي غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الذي

ولو قال اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال ولو امر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب ولو امره بالاكل فباع او بالعكس اوعمم الانتفاع فالاقرب زوال الضمان الا في الاخير علی اشكال «متن»

اعتقه عن نفسه اشكال وفي التذكرة وجهان وفي التحرير وجامع المقاصد ان الاقرب الاقوى انه يغرم وفي الايضاح ان الاقرب العدم (وجه الاول) ما اشار اليه المصنف من انه اتلف عبد نفسه بتغرير الغاصب حيث قال انه عبده فكان كما لو ضيفه بطعامه (ووجه الثاني) ان المباشر لازالة الملك انما هو المالك وانما صرفه الى مصلحته حيث اعتقه عن نفسه فاستحق الولاء ان كان تبرعاً والثواب وفي جامع المقاصد انه لا ريب في ضعف الثاني لان صرفه الى مصلحته بفعله اذا كان مغرورا و لم يحصل التسليم التام لا ينافي استحقاق الرجوع عليه للغرور (قوله) ﴿ ولو قال اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال ﴾ اقربه النفوذ و يضمن الغاصب كما في التذكرة ووجهه انه عقد وايقاع صدر من اهله في محله والاصح عدم الوقوع كما في جامع المقاصد لانه انما اعتقه نيابة عن الغاصب علی انه وكيله لكون العبد مملوكاً له ظاهراً فلا يقع (قوله) ﴿ ولو امر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلاً ضمن الغاصب ﴾ كما في الشرائع وجامع المقاصد والمسالك لكونه مغروراً ولا اثر لكون ذلك بفعله (قوله) ﴿ ولو امره بالاكل فباع او بالعكس او عمم الانتفاع فالاقرب زوال الضمان ﴾ (وجه زواله) في الاولين انه لو كان مملوكاً للغاصب لضمنه له لمخالفته وكلما يضمنه لغيره علی تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله اذا كان له لانه الفاعل لانه لا يتصور فيه الغرور اذ تغريره انما هو بكونه ملكه اي الغاصب وعلی تقدير الملك فالضمان ثابت وهو خيرة جامع المقاصد وهو واضح اذ المراد من المثالين انه امره بنوع من التصرف بحيث فهم منه انه لا يرضى بغيره فاتى بنوع اخر غير ماذون فيه كما يفصح عنه قوله اوعمم في مقابلته بل يكفي في المنع من النوع الاخر السكوت عنه كما هو قضية الاصل فينبغي حينئذ الجزم به لانه تصرف باختياره لابامر الغاصب بل مخالفا له مقدما على الضمان غير مغرور فلا يتجه توجيه الوجه الاخر اعني بقاء الضمان بانه مغرور وانه تصرف عن امر الغاصب ولم يتحقق تسليم ملكه اليه تسليما تاما (ووجه زواله) في الاخير اعني حيث يعمم له الانتفاع انه سلمه له تسليما تاما وبرء منه فاتلافه اياه وتلفه بعد ذلك لا يكون مضمونا على الغاصب اذ الواجب عليه منحصر في تسليم المالك ماله وتمكينه منه وقد فعل فوجب الحكم ببراءته والا لم يكن الواجب منحصرا في ذلك (ووجه بقائه) انه مغرور بكون الملك للغاصب وان انواع التصرفات مجوزة له من قبله وان يده متفرعة عن يده وان تصرفه مقصور علی اذنه وانه مجرد اباحة فله ان يرجع الى العين فياخذها وانه يجب عليه بالطلب تسليمها اليه فكان سلطان الغاصب غير منقطع عنها بحيث يصير المالك امنا من رجوعه عليه بحيث ان شاء تصرف وان شاء ترك فلم يكن التسليم تاما فيبقى ضمان الغاصب بحاله لمكان التغرير فكان كما لو قدم طعام الغير اليه فاكله جاهلا فيتجه الرجوع على الغاصب كما في الايضاح وجامع المقاصد وستعرف مافيه (ومثله) الهبة التي يجوز الرجوع فيها لانتفاء التسليم التام . وقال في جامع المقاصد يشكل على هذا ماسبق من ان الدين اذا اداه المديون لا يشترط للبرائة ان يعلم به المالك بل يجوز ان يكون في صورة الهبة ولا يكاد يتحقق الفرق في ذلك ولو باع الغاصب المالك فليس ببعيد ان يقال ان ماساوى الثمن من القيمة لا يرجع به لانه مضمون وما زاد محل التردد كما هنا نظرا الى التردد في صدق التسليم التام وعدمه اما لو اقرضه المالك فليس ببعيد زوال الضمان لصدق التسليم التام حينئذ انتهى (قلت) يمكن الفرق بين الغصب والدين كما فرقوا بين الغاصب و بين المستعير المفرط او المشترط عليه الضمان والقابض بالسوم و بالشراء الفاسد في باب الرهن فقال الاكثر ان غاصب العين لو رهنها المالك عنده وهي باقية في يده لا يبرء من ضمانها وانه لو رهن العين عند احد الثلثة من المستعير والمستام والمشتری فاسدا زال الضمان عنهم لان

(الركن الثاني) المحل المغصوب اما عين او منفعة والاعيان اما حيوان او غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية و باليد العادية باقصى القيمة وما لاتقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ماينقص عن قيمته حصل بالجناية او تحت اليد العادية من اجنبي او من قبله تعالى والمقدر الاقرب الاكثر من المقدر والارش « متن »

ضمانهم اخف من ضمان الغاصب لان لوازمه اقل وقلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف اما الكبرى فظاهره واما الصغرى فلانهم اقل اثما اولا اثم عليهم ولانهم يضمنون بالقيمة بخلاف الغاصب فانه يضمن بالاعلى وادعى انه المشهور ولنا تأمل في هذه الشهرة فلنفرق (فليفرق خ ل) هنا بينه و بين الدين بانه اخف وان لم يكن التسليم فيهما تاما فليتأمل او نقول كما قال لا فرق بينهما وما استند اليه في وجه بقاء الضمان من انه لم ينقطع عنه سلطان الغاصب الى اخر ماذكر في توجيهه مما لا يعول عليه لانه ينتقض بالدين والدية وقد فعل الواجب عليه من تسليمه وتمكينه بتعميمه اذ بذلك يقال لغة وعرفا انه سلمه تسليما تاما ومنه يعلم الحال في الهبة ثم انه لو لم يكن التسليم فيها تاما لم تجر في حول الزكوة من حين القبض مع انها تجري فيه من حينها اجماعا (قوله) ﴿ الركن الثاني المحل المغصوب اما عين او منفعة والاعيان اما حيوان او غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية و باليد العادية ﴾ المغصوب اما ان لا يكون مالا او يكون فالاول لا يضمن بالغصب كالحر بل بالاتلاف كما تقدم وبما ليس بمال ولا يضمن العذرات والابوال وكلب الهراش والخنزير واشباه ذلك كما تقدم في باب البيع والمال يقول مطلق اما اعيان او منافع وهو مضمون اذا كان معصوما والاعيان اما حيوان اوغيره والحيوان اما ادمي اوغيره والادمي هو الرقيق من عبد او امة فيضمن الغاصب نفسه بالجناية منه او من اجنبي او من قبل الله عز وجل لان يد الغاصب يد ضمان فلا فرق بين ان يتلفه هو او يتلف تحت يده بلا خلاف في شيء من ذلك حيث يأخذونه و يذكرونه مسلما ويضمن طرفه ايضا و يأتي بيان الحال فيه وقوله حتى العبد اشارة الى انه يضمن وان كان ادميا لان جانب المالية هنا غلب عليه كما غلب عليه في باب القصاص والديات جانب الانسانية فيقتص له ومنه من دون رد على الاصح وتلزم العاقلة قيمته اذا قتله احد خطأ (قوله) ﴿ باقصى القيمة ﴾ اي باقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم الجناية او التلف و يأتي ان شاء الله تعالى تحقيق ذلك وقد يكون المراد من اقصى القيمة انه يضمنه بقيمته وان تجاوزت دية الحر وانه لا يرد اليها وان رد اليها الجاني غير الغاصب كما يأتي (قوله) ﴿ وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ماينقص من قيمته حصل بالجناية اوتحت اليد من اجنبي اومن قبله تعالى ﴾ يريد انه يضمن الطرف كما يضمن النفس والطرف منه اما ان يكون لمثله في الحر مقدر شرعي اولا يكون فان كان الثاني فانه يجب فيه الارش وهو ما نقص من قيمته سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجناية منه اوتحت يده من اجنبي اومن قبل الله سبحانه وتعالى لان يده في الجميع يد ضمان كما تقدم وقد صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد وقد يتناول الصور الثلث اطلاق الشرائع والارشاد ومجمع البرهان واقتصر في المبسوط والتحرير على ان عليه في ذلك الحكومة اي الارش فيما اذا جنى الغاصب عليه وليس الاقتصار قصرا للحكم والمراد بالطرف مايشمل الشجاج والجروح ووجه الحكومة والارش انه طرف مضمون ولا مثل له ولا قيمة مقدرة فلا بد من الارش (قوله) ﴿ والمقدر الاقرب الاكثر من المقدر والارش ﴾ كما هو صريح المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والمختلف والايضاح والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض والمفاتيح وظاهر السرائر والتبصرة واللمعة وفي كشف الرموز انه قريب وفي الدروس والكفاية انه قوي وكأنه قال به في غاية المراد وفي الشرائع لو قيل به كان حسنا وقد فهم منه ابو الفضل الآبي وابو العباس والمقداد انه مختاره وفي جامع المقاصد انه مذهب الاكثر وفي الرياض ان عليه عامة من تاخر وقد نسبه فيه الى ابن ادريس والمحقق

والشهيد وقد سمعت كلامهم وفي المهذب البارع ان المشهور رده وارش الجناية بالغا مابلغ ولا ترجيح في التنقيح واختير في المبسوط في موضع منه صريحاً والخلاف والنافع والارشاد ومجمع البرهان ان المقدر في الحر مقدر فيه وفي الخلاف ان عليه اجماع الفرقة واخبارهم وفي المقتصر ان المشهور رده مع رددية العين (اليدخل) وهي نصف القيمة وهذه تخالف شهرة المهذب (ومعنى العبارة) ان ما نقص من اطراف الرقيق بجناية من الغاصب اومن اجنبي او من قبله تعالى وهو تحت يد الغاصب وكان لمثله من الحر مقدر كقطع اليد فان الاقرب وجوب اكثر الامرين من المقدر في الحر بالنسبة الى قيمة الرقيق وما نقص من قيمته بالغاً مابلغ وان زاد مثل ذلك في الحر وهذا هو الشق الاول الذي نبهنا عليه في المسألة الاولى (والوجه) في ذلك ان الاكثر ان كان هو المقدر فهو جان والحر اصل للعبد في ذلك بالاجماع المعلوم من اتفاقهم عَلَى ذلك في الباب وباب القصاص والديات وفي ديات المسالك انه كالمتفق عليه وفي غصب مجمع البرهان كأنه لاخلاف فيه و بذلك نطقت عباراتهم من غير نقل خلاف ولا تأمل (وقد استدلوا) في باب الديات والقصاص عليه بقول امير المؤمنين عليه السلام جراحات العبيد عَلَى نحو جراحات الاحرار في الثمن ونحوه المرسل وقوله عليه السلام في الثمن يدل عَلَى ارادة الاعضاء ايضاً كما بيناه واوضحناه في باب الديات (وقد استدل) عليه في الايضاح هنا بعموم النص وفسره في حاشيته بانه مافيه من الحر دية فيه من العبد قيمته (فيمدخل) ولم نجده لغيره نعم ادعى في الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم عَلَى هذه العبارة و يأتي لابن ادريس في الدابة مايشير الى ذلك (واستدل) عَلَى وجوب المقدر في الايضاح ايضاً ان كان اكثر بان كل ما يضمنه الجاني بالجناية يضمنه الغاصب باليد وهذا الزائد يضمنه الجاني بالجناية وان كان الاكثر الارش فهو مال فوته تحت يده فيضمنه كغيره من الاموال لعموم عَلَى اليد ما اخذت وان كل ما كان ملحقاً في ضمان اليد بالاموال دون الاحرار وجب ان يكون مضموناً بقدر النقص كالاموال لانه انما ضمن باعتبار اتلاف المنفعة المملوكة فيضمنها بقيمتها و يفارق الجاني فانه في الضمان ملحق بالاحرار ولم يثبت يده عَلَى الرقيق فيتعلق به ضمان المالية بخلاف الغاصب مضافاً الى انه مكلف باشق الاحوال (ووجه الاخر) عموم التقدير فيعم الغاصب وان الجناية اقوى من اثبات يد الغاصب (وانت خبير) بانه قد اجتمع عَلَى الغاصب جهتان «الاولى» انه غاصب «والثانية» انه جان فمن حيث الاولى يضمن نقص المال ومن حيث الثانية يضمن المقدر ولا يلزم من ضمانه بهذه الجهة شيئاً ان لا يضمن شيئاً بالجهة الاولى فاذا كانت قيمة العبد مائة ولما قطعت يده صار يساوي ستين فان الواجب عليه نصف قيمته وهو خمسون كما ان الواجب في الحر نصف ديته واما اذا صار بعد القطع يسوى اربعين فالارش الواجب عليه ستون لانه نقص مالي حصل في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه ولا منافاة بين الضمانين ولا فرق في ذلك بين ان يتجاوز نصف قيمته اوارش يده نصف دية الحر اولا لان الغاصب عندهم هنا يكلف باشق الاحوال ولا يرد الى نصف دية الحر (واما الجاني) غير الغاصب فان الواجب عليه نصف قيمته مالم تتجاوز نصف دية الحر فان تجاوزت رد اليها هذا اذا كان هو الجاني وان كان الجاني عليه غيره وهو تحت يده بان قطع يده فانه يضمن اقل الامرين من نصف قيمته ونصف دية الحر فان زاد نصف القيمة عن نصف الدية تخير المالك بين الرجوع عَلَى الغاصب بنصف القيمة مطلقاً فيرجع الغاصب عَلَى الجاني باقل الامرين و بين ان يضمن الجاني اقل الامرين فلا يرجع به عَلَى الغاصب و يأخذ المالك من الغاصب الزائد ان اتفق (وبالجملة) قرار موجب الجناية عَلَى الجاني والزائد عَلَى الغاصب وقد تقدم للمحقق الثاني فيما اذا قتل اللقيط حراً عند قوله فتجب الدية اواقل الامرين منها ومن القيمة انه يتصور ان يكون قيمة طرف العبد اكثر من ديته لو كان حراً في غير الغصب وقد نبهنا هناك عَلَى بطلانه واستندنا في ذلك الى كلامهم في الباب وباب الديات ولما كانت المسئلة التي نحن فيها بينها و بين مايأتي ملازمة خلط شيخنا في الرياض بين المسئلتين فوقع خلل ظاهر في البين يعرفه من يلحظ ماحررناه في المسئلتين

ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالاقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني « متن »

(قوله) ﴿ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالاقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني﴾ ينبغي البحث هنا عن ثلاث مسائل (الاولى) ان يقتله الغاصب (الثانية) ان يموت تحت يده (الثالثة) ان يقتله قاتل آخر غير الغاصب وهو تحت يد الغاصب والحال ان قيمته في الصور الثلاث تزيد على دية الحر والخلاف بين الشيخ في الخلاف والمبسوط و بين المتأخرين (في الاولى) ومنها يعرف الحال في الاخيرتين قال في الخلاف في باب الغصب اذا قتل عبداً كان عليه قيمته مالم تجاوز قيمته دية الحر عشرة آلاف درهم وكذا ان كانت امة مالم تجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحرة الى ان قال دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم لاتختلف في ذلك (وظاهره) لمكان الباب ان القاتل هو الغاصب واظهر منها في ذلك عبارة المبسوط قال وان كان عبداً نظرت فان قتله ففيه قيمته وان زادت على دية الحر لم يلزمه اكثر من ذلك وقد طفحت بذلك عباراتهم في باب القصاص والديات فيما كاد يزيد عن عشرين موضعاً من دون تعرض من احد منهم لاستثناء الغاصب الا الشهيد الثاني وكاشف اللثام في المسئلة الآتية وبذلك نطقت رواياتهم من دون تعرض لاستثناء شيء وانعقدت عليه اجماعاتهم ولم نجد خلافاً في ذلك الا من ابن حمزة فردها الى اقل من دية الحر ولو بدينار وهو في مقام آخر وقد خالف اكثر المتأخرين كما في غصب المسالك و الكفاية فقالوا انه يضمن قيمته وان تجاوزت دية الحر وبه صرح في السرائر والتذكرة والتحرير والمختلف وفي الشرائع لو قيل به كان حسناً وكأنه قال به في غاية المراد وفي المسالك انه اقوى وفي الكفاية انه لايخلو من قوة وهو لازم للايضاح واللمعة وجامع المقاصد والروضة لما ستسمعه ان شاء الله تعالى من كلامهم في المسئلة الثالثة ان لم يفرق بين القتلين بل هو لازم لكل من قال بلزوم الاكثر من المقدر والارش في مسئلة الجناية على الطرف الذي له مقدر على مافهمه المحقق الثاني في جامع المقاصد من ان هذه المسئلة مبنية على ضمان الغاصب اكثر الامرين واليه اشار في المختلف كما ستسمع وقد سمعت ماحكيناه عن الرياض من الخلط بين المسئلتين بل هو لازم لمن قال بالتجاوز ايضاً فيما اذا مات تحت يده على مافهمه الشهيد كما ستعرف (وحجتهم) على ذلك ماتقدم من انه جان وغاصب ولا ترجيح في الدروس وقد حاول في المختلف رفع النزاع قال والظاهر ان مراد الشيخ الجاني دون الغاصب لانه اشار في المبسوط الى ذلك قال اذا غصب عبداً فقطع اخر يده فان رجع السيد على الغاصب رجع باكثر الامرين مما نقص وارش الجناية وان رجع على القاطع رجع بالارش وهو نصف القيمة والزائد في مال الغاصب لاختصاص ذلك بالجاني فلا يتعدى ذلك الى الغاصب لما فيه من مخالفة الاصل فان العبد مال انتهى (قلت) قد عرفت ان الظاهر منه في الكتابين هو ماذكرناه بل هو صريحهما والفقيه يتبع مايترجح في نظره في كل وقت (واما الثانية) وهي مااذا مات تحت يد الغاصب فقد جزم بانه يضمن قيمته وان تجاوزت دية الحر في الخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والكتاب فيما ياتي قريباً وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية قال في الاخير لااعرف خلافاً بينهم في ذلك مع انه قال في الدروس لو مات لزمته قيمته وان تجاوزت دية الحر عند المتاخرين خلافاً للشيخ مدعياً عليه الاجماع فقد جعل قتل الغاصب له وموته عنده من سنخ واحد لان الشيخ انما تعرض لمسئلة القتل وهو الظاهر من السرائر والتذكرة والمحقق والمصنف في التحرير والكتاب فيما ياتي والشهيد الثاني جزموا في مسئلة الموت بانه يضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر وقد سمعت كلام المصنف هنا والمحقق والشهيد الثاني في مسئلة القتل وفي التحرير جزم في مسئلة الموت ونقل الخلاف في مسئلة القتل ثم قال الوجه ضمانه الزائد ففرقوا بين المسئلتين ويمكن تجشم بيان الوجه في الفرق وان ضعف اودق ويعرف الحال من ملاحظة الاخبار وستسمعها (واما الثالثة) وهي ما اذا قتله قاتل تحت يده فما وافق فيها الكتاب السرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع

ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالاقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الاجنبي او الغاصب « متن »

البرهان ومجمع مانقدم هذا تحرير هذه المسائل وقد وقع ماوقع من الخلل في النقل وعدم التحرير في الرياض وغيره وكان حق عبارة الكتاب تصدير الجملة بالفاء ليفيد التفريع اي ماقبله لانه مبني على ضمان الغاصب اكثر الامرين كذا قال في جامع المقاصد (والواجب) ان نلحظ اخبار الباب فان كان يفهم منها ان قيمة العبد لايتجاوز بها دية الحر مطلقاً سواء جنى عليه جان اومات من دون جناية حيث يكون مضموناً كما اذا كان مغصوباً اومستعاراً بشرط الضمان اومقبوضاً بالسوم اوان ذلك خاص في صورة الجناية فقط ونجري في البواقي على الاصل والقاعدة وهو الضمان بالقيمة بالغة مابلغت (ففي) الصحيح على الصحيح في العبيدي عن ابي عبد الله عليه السلام قال دية العبد قيمته وان كان نفيساً فافضل قيمته عشرة آلاف درهم ولا يتجاوز به دية اخر وصدره ظاهر في الجناية لمكان قوله دية العبد ولم يقل قيمة العبد فتأمل (وفي) صحيح ابن رئاب عن ابي عبد الله عليه السلام اذا قتل الحر العبد غرم قيمته وادب قيل وان كانت قيمته عشرين الف درهم قال لايتجاوز قيمة العبد دية الاحرار فان كان قوله في الخبرين لايتجاوز من باب اعطاء القاعدة وضرب القانون كان دالا على الجميع وان كان مبنياً على ماقبله كان كصدر الاول (ونحوه) خبر ابي الورد وقد يستظهر منهما الاول لكن الاصل واتفاق الاصحاب في مسئلة الموت على الضمان بالقيمة بالغة مابلغت يقضيان بالثاني لكن روى في الايضاح ان العبد لايتجاوز بقيمته دية مولاه وهو الذي يقضي به الاعتبار وتحكم به الحكمة اذ لا اثم ولا تقصير من المستام والمستعير ولا كذلك الجاني فليتأمل (قوله) ﴿ ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالاقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الغاصب او الاجنبي ﴾ كما في السرائر والتحرير والمختلف والمسالك والروضة ومجمع البرهان والايضاح والدروس وجامع المقاصد مقتصراً في الستة الاول على الغاصب مصرحاً في الثلثة الاخيرة به و بالاجنبي وذلك هنا لايقضي بالاختلاف لانه من المعلوم ان جناية الاجنبي مضمونة على الغاصب وكانه قال بذلك في غاية المراد ونسبة فيها الى ظاهر المحقق ولعله اراد في الشرائع لانه قال في قول الشيخ تردد اوالنافع فان ابا العباس احتمل ارادة ذلك من قوله ولو كان عبداً وكان الغاصب هو الجاني رده ودية الجناية ان كانت مقدرة وفيه قول آخر انتهى وقد تقدم مافهمناه من هذه العبارة وقال في الخلاف ان الذي تقتضيه اخبارنا ومذهبنا ان المالك بالخيار بين ان يسلمه و ياخذ قيمته و بين ان يمسكه ولاشيء له الى ان قال دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم و بتخييره بين الامرين صرح في غصب المبسوط و به طفحت عباراتهم في باب الديات والقصاص وحكي عليه الاجماع صريحاً وظاهراً في خمسة مواضع (واستدلوا) عليه بقول ابي جعفر عليه السلام في خبر ابي مريم قضى امير المؤمنين عليه السلام في انف العبد اوذكره اوشيء يحيط بقيمته انه يؤدي الى مولاه قيمة العبد و ياخذ العبد ومثله من دون تفاوت خبر غياث ووجه دلالتهما على التخيير ظاهر وان خفيت على بعض الاجلاء الاعلام والشهرة تجبرهما و الاجماعات تعضدهما فلا ينبغي التأمل في ذلك من جهة السند كما في المسالك واطلاقهما واطلاق الاجماعات يتناول الغاصب بل قد قيل انهما عامان من جهة ترك الاستفصال وليس منه لعدم تقدم السوآل ولا من قضايا الاعيان لان قوله قضى هنا بمعنى قال بقرينة قوله اوشيء يحيط بقيمته (و كيف كان) فلم نجد من استثنى هناك الغاصب الا الشهيد الثاني و كاشف اللثام وقد اسبغنا بحمد الله سبحانه فيه الكلام في الديات وفي غصب الارشاد وشرحه لولده ان في قول الشيخ نظرا ونحوه مافي التبصرة وقد سمعت مافي الشرائع هذا وقد قال في المبسوط لو غصب عبداً قيمته الف فخصاه فبلغ الفين رده وقيمة الخصي لانه ضمان مقدر وهذا يخالف كلامه هنا (و كيف كان) فالوجه فيما في الكتاب وما وافقه ان العبد مضمون وكل عضو عضو منه كذلك فكل عضو فات منه يلزمه قيمته لان ضمان الغاصب من جهة المالية وقد يستحق المالك عدة قيم كما لو قطع واحد رجله والآخر يده وقلع آخر عينه وقطع آخر اذنه فان للسيد امساكه ومطالبة كل منهم بقيمة ماجنى كما

بخلاف الجاني عَلَى غير المغصوب فان رجع عَلَى الاجنبي دفع اليه العبد ورجع بقيمته عَلَى الغاصب وان رجع على الغاصب بهما فالاقوى رجوع الغاصب عَلَى الجاني بالقيمة مجاناً «متن»

نصوا عليه في باب الديات ولم يجتمع العوض والمعوض عنه لان العوض هو قيمة العضو والمعوض ذلك العضو لا العبد كما انه اذا قطع احدى يديه وجب عليه نصف القيمة ولا يجب عليه تسليم نصف العبد لاخذ نصف القيمة كما صرحوا به في باب الديات والاصل بقاء العبد عَلَى ملك مولاه والجاني خرج بالنص فلا يلحق به الغاصب خصوصاً مع الفارق (ووجه) كون الغاصب كالجاني بعد دعوى الاجماع وشمول النص ان المضمون مع تلف الكل هو جميع القيمة فقط فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة عَلَى ملكه والا لاستوى الكل والبعض بل يزيد حكم البعض عَلَى الجملة (وفيه) انه لامانع من ذلك عقلا ولا نقلا فاللازم ليس بباطل اذ قد اخذ فيما حكيناه عنهم من المثال قيمتين مع بقاء الجملة عَلَى ملكه ولولا النص لم يحكم عليه بانه اذا طالب بالقيمة وجب عليه دفع العبد مضافاً الى انه قد يكون ذا كسب كثير وصنعة لها نماء عظيم فاذا قطع انفه فان اعطى العبد لزمه الضرر بفوات الكسب الجزيل ويحصل ذلك للجاني فيستوفي قيمة العبد في زمن يسير وان لم يعطه ذهبت عليه قيمة انفه الا ان تقول ان ذلك فرض نادر وقد يفهم من الخبرين ان دفعه الى الجاني عقوبة له فانه اذا قطع لسان العبد او الجارية اوقلع عينها اوقطع يديها او نحو ذلك مما هو في الرقيق ضرر محض وهو الغالب فيجري ذلك في الغاصب بالاولوية اوالمساواة لكنه لم يحتمله احد ولعله مراد لهم وان لم يذكروه وتمام الكلام في باب الديات ولم يفسّر الخبر في موضعين من جامع المقاصد عَلَى وجهه قال الاصل بقاء العبد عَلَى ملك مولاه في الغاصب بخلاف الجاني لورود النص عَلَى دفعه اليه لياخذ مولاه القيمة (قوله) ﴿ بخلاف الجاني عَلَى غير المغصوب ﴾ فانه لاتجب عليه القيمة الا ان يدفع السيد اليه العبد واحتمال رجوعه الى قوله الاقرب الاكثر من المقدر بعيد جداً لطول الفصل ولقوله بعده فان رجع الى آخره (قوله) ﴿ فان رجع عَلَى الاجنبي دفع اليه العبد ﴾ عملاً بمقتضى النص والاجماع (قوله) ﴿ و يرجع بقيمته عَلَى الغاصب ﴾ لانه مضمون عليه ولم يحدث شيء يسقط ضمانه عنه الا دفعه الى الجاني بسبب جنايته المضمونة عَلَى الغاصب ايضاً فيرجع المالك بقيمة العبد ناقصاً ويحتمل ان يرجع بها تامة والعبارة محتملة للامرين فتأمل (قوله) ﴿ وان رجع عَلَى الغاصب بهما فالاقوى رجوع الغاصب عَلَى الجاني بالقيمة مجانا ﴾ قد عرفت ان المالك اذا اراد اخذ قيمة العضو الذي فيه تمام القيمة من الجاني انه يدفع اليه العبد و ياخذ قيمة العضو فاذا جنى عليه اجنبي في يد الغاصب ورجع المالك عَلَى الغاصب بالعبد وقيمة العضو فماذا يصنع الغاصب مع الجاني ايرجع عليه بالقيمة ام لا الظاهر الاول لانه قد ضمن ماباشر الجاني اتلافه لكن لهم كلمات ستسمعها في الجاني غير الغاصب تقضي بان ليس للغاصب الرجوع عليه بشيء فاذا رجع عليه فهل ليس له ان يرجع عليه بقيمة العضو الا بعد ان يدفع اليه قيمة ناقصة وهي قيمة العبد بعد قطع العضو منه فيأخذ من الجاني قيمة العبد قبل الجناية ويدفع اليه قيمته بعد الجناية فيتقاصان اذا امكن فيضمن الغاصب قيمتين احداهما صحيحة يدفعها للمالك مع العبد واخرى ناقصة يدفعها الغاصب للجاني وياخذ منه تامة اوله ان يرجع عليه مجانا من دون ان يدفع له القيمة الناقصة وهي قيمة العبد بعد الجناية احتمالان بل قولان (وجه الاول) ان وجوب القيمة عَلَى الجاني مشروط بدفع العين فاذا تعذرت وجب المصير الى القيمة وان الجاني يطالب المالك بالعبد ليغرم فبالاولى ان يطالب الغاصب بقيمته وهو الذي قواه في الايضاح واورد عليه بان الاشتراط المذكور انما هو مع وجود العين فاذا تعذرت كانت كالتالف ومع التلف لاضمان قطعاً والاولوية ممنوعة (ووجه الثاني) ان دفع العبد الى الجاني انما هو حيث يمكن وذلك حيث يكون تحت يد المستحق للقيمة واذا تعذر رده لايعقل وجوب دفعه وانما هو كالتالف والاصل براءة الذمة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية للجاني ولا دليل يدل عَلَى ذلك وفي جامع المقاصد ان فيه قوة (قلت) الحكم

وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الارش « متن »

في الجاني مخالف للاصل فيقتصر فيه عَلَى موضع الوفاق فيتعين الثاني ولكن ينبغي ان نلحظ الحال في الاصل الذى هو الجاني الغير الغاصب كما اذا قطع انفه وتعذر عَلَى المالك دفعه الى الجاني لاباق اونحوه فمقتضى الاصل بمعنييه انه يرجع عليه بالقيمة ولم يتعرض له احد من الاصحاب في باب القصاص والديات بعد فضل التتبع لكن لهم كلمات تدل عَلَى خلاف ذلك (منها) قولهم انه ليس لمولاه الرجوع بشيءٍ الا ان يدفعه الى الجاني (وقولهم) ان الشارع جعل له اما كمال الدية مع دفعه او امساكه مجانا الى غير ذلك مما هو مثل ذلك واوضح وقضية ذلك انه لا يرجع عليه بشيءٍ حينئذ بل ذلك قد يقضي بان الغاصب لا يرجع عَلَى الجاني اذا رجع عليه المالك (قوله) ﴿ وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الارش ﴾ لعل الغرض بيان ان الدابة لا تقدير في قيمة شيءٍ من اعضائها بل يرجع الى الارش السوقي وليست كالعبد ولا يفرق فيها بين ماينتفع بلحمها وظهرها اواحدهما او بغيرهما كما في التذكرة وظاهر غيرها ولعل اقتصار المبسوط عَلَى الثلثة الاول للتنبيه عَلَى خلاف ابي حنيفة كما ان اقتصار المصنف عَلَى البقرة والفرس لعله للتنبيه عَلَى خلاف احمد (وكيف كان) فمما صرح فيه بالارش في عين الدابة المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والارشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو قضية اطلاق النافع وديات اللمعة والروضة وغصبهما وظاهر غاية المراد وهو المحكي عن القاضي ومذهب الاكثر كما في المسالك واكثر المتأخرين كما في مجمع البرهان والمشهور كما في الكفاية والمفاتيح وفي الاخير ايضاً ان مذهب الشيخ نادر وفي الروضة ان عاب المغصوب ولم تذهب عينه ضمن ارشه اجماعاً انتهى وفي الرياض ان عليه عامة المتاخرين لانه مال له ارش كسائر الاموال ويشهد له اطلاق صحيحة ابي ولاد قلت فان اصاب البغل كسرا ودبرا اوعقر فقال عليه السلام عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده اليه وقال الشيخ في الخلاف اذا قلع عين دابته كان عليه نصف قيمتها وفي العينين جميع القيمة وكذا كل ما كان في البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع القيمة وفي الواحد نصف قيمتها دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وقال في المبسوط بعد ماحكيناه عنه وروى اصحابنا في عين الدابة نصف قيمتها وفي العينين كمال قيمتها ولذلك قالوا في سائر الاطراف مما في البدن فيه اثنان ففيه كمال القيمة الى آخره وظاهره الاجماع ايضاً وقد نسبه الى رواية اصحابنا وقال في السرائر ان ذلك ورد في الرقيق المماليك من بني آدم فحسب دون البهائم وقال في المختلف يمكن حمل الرواية والاجماع الذي ادعاه الشيخ عَلَى غير الغاصب في احد العينين بشرط نقص القدر عن الارش وقال في غاية المراد زعم ابن ادريس ان الرواية في كل مافي البدن منه اثنان القيمة وفي الواحدة نصفها انما هي في الانسان قال ويمكن ان تكون الرواية غير هذه الا اني لم اجد في كتب الاصحاب شيئاً من هذا المعنى سوا مارواه ابن يعقوب عن عاصم بن حميد عن الباقر عليه السلام وباسناده الى مسمع عن الصادق عليه السلام ان علياً عليه السلام قضى في عين الدابة بربع ثمنها وروى ابو العباس عن الصادق عليه السلام انه قال من فقئ عين دابة فعليه ربع ثمنها انتهى وصاحب المسالك استجود رد ابن ادريس عَلَى الشيخ من ان هذ الخبر لم يرد في الحيوان مطلقاً وقال نعم روى الكليني وساق الاخبار الثلثة التي ذكرها الشهيد في غاية المراد عَلَى نحو ماذكرها حرفا بحرف ونقل حمل المختلف حرفا بحرف وقال وهذا الحمل حسن لو صحت الرواية ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه الشيخ انتهى (ونحن نقول) في كل من كلام الخلاف والمبسوط والسرائر والمختلف وغاية المراد والمسالك نظر بل في بعضها من وجوه (اما) الخلاف والمبسوط فيوهن دعواه الاجماع فيهما صريحا وظاهرا مصير من تقدمه ومن تاخر عنه الى خلافه بل مصيره هو الى خلافه ففي المقنعة الحكم بالارش في كسر عظام الحيوانات وجراحاتها وفي المراسم ان الجناية عَلَى اعضائها بحسب قيمتها وبذلك صرح في النهاية والوسيلة مع زيادة فيهما ونحوان في فقأ عين البهيمة ربع قيمتها وقد حكم في المسئلة التاسعة من غصب الخلاف بالارش في آخر المسئلة

ولو مات في يده ضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر لو كان عبداً « متن »

وحكم فيه في ذنب حمار القاضي بالارش وهو واحد ولم يحكم بكمال القيمة (واما) ماعداه فيهما من الاخبار ففيه ان الاخبار الموجودة في تهذيبه والكافي والفقيه ناطقة بان في عين الدابة الربع وفيها الصحيح والحسن فان اراد غيرها فمرسلة لاعامل بها الا هو في بعض المسائل دون بعض كما عرفت (واما) ما في السرائر من قوله فانما ورد ذلك في الرقيق المماليك ففيه انا لم نجد هذه الاخبار وانما الوارد في ذلك خبران قد سمعتهما فيما سلف لابد في تصحيح دلالتهما من فضل تامل وقد يكون اشار الى مارواه في الايضاح اوالى معقد اجماع الخلاف هناك واخباره كما نبهنا عليه هناك (واما) ما في المختلف ففيه انه كيف يمكن حمل ما ادّعاه الشيخ من الاجماع والاخبار عَلَى ان في كل اثنين من الحيوان في كل واحد منهما نصف القيمة وفي كل واحد منه تمامها عَلَى غير غاصب في احدى العينين بشرط نقص القدر عن الارش انه مما لايكاد يتم عَلَى انه غير تام في نفسه وماذا يقول فيما اذا قطع اذني الدابة وعلى مايحمله وقد يعطى كلامه ان النزاع بين الشيخ والجماعة انما هو في الغاصب مع ان عباراتهم ورواياتهم صريحة في الجاني غاصبا كان اوغيره الا ان يكون الغرض ان الاجماع والاخبار تقول بمضمونها (بمضمونهما خ ل) في غير الغاصب لان الشيخ لم يفرق بين الغاصب وغيره في العبد الذي لاعضائه مقدر فليكن رايه ذلك في الدابة ونحن لانوافقه في ذلك وحاصله تسليم الاخبار والاجماع وحملهما عَلَى غير الغاصب وقد يقال ان تسليمهما يقضي بعدم الفرق بين الغاصب وغيره الا ان اقوى ما يعتمد عليه في الفرق في العبد انه في الجنايات ملحق بالحر لمكان النص والدابة لاتلحق بالحر فيكون ذلك حكمها دائماً والاستناد الى اشق الاحوال غير مطرد فيؤخذ مؤبدا ولو لم تحمل روايات الشيخ عَلَى كون الارش ذلك (ويرد) عَلَى الشهيدين ان الشيخ روى ايضا في التهذيب صحيحاً عن عمر بن اذينة قال كتبت الى ابي عبد الله عليه السلام اسئله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السلام في عين ذات الاربع قوائم اذا فقئت ربع ثمنها فقال صدق الحسن قال علي عليه السلام ذلك وصحيحا عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى علي عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها ورواه في الكافي حسنا بابراهيم وهي صحيحة في زيادات حدود الفقيه وكانهما اي الشهيدين مالحظا سوى الكافي كصاحب الكفاية والرياض فقد تكثرت هذه الاخبار وقد رواها المشايخ الثلثة وظاهرهم العمل بها وقد افتى بها في النهاية والوسيلة ولا معارض لها وخبر ابي ولاد لايعارضها وليس فيها الا اعراض الاكثر عنها واحتمال انهم جميعاً ماظفروا بها جميعها بعيد جدا لكن قد افتى ابو حنيفة بذلك وروى العامة ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعن عمر انه قال انا كنا ننزلها منزلة الادمي الا انه اجمع راينا ان قيمتها ربع الثمن فيحتمل حملها عَلَى التقية من عمر وابي حنيفة (ويرد) عَلَى الشهيد الثاني ان ظاهر المختلف اوصريحه انه حمل الروايات التي ادعاها الشيخ عَلَى التصف لاهذه الروايات وصاحب المسالك فهم خلاف ذلك قال كما اسمعناك حمل المختلف حسن لو صحت الرواية ومع ذلك فدلولها خلاف ما ادعاه الشيخ ثم نسئله ما الذي صحح حمل المختلف عنده حتى حسنه هذا . وشيخنا صاحب الرياض لم يحرر محل النزاع فقال ان اطلاق عبارة النافع يقتضي عدم الفرق في الحكم بلزوم الارش بالعيب بين مالو كان بجناية الغاصب في العين ونحوها مما في البدن منه اثنان وبين غيره خلافاً للخلاف فادعى في جناية الغاصب في احدى العينين وما في معناها نصف القيمة وفي كلتيهما تمامها انتهى ولعل الذي اوقعه في الوهم كلام المختلف وقد عرفت الحال في ذلك (قوله) ﴿ ولو مات في يده ضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر لو كان عبدا ﴾ اي لو مات الحيوان المفهوم من المقام في يد الغاصب ضمن قيمته وان تجاوزت دية الحر وقد تقدم الكلام فيه ولما سبق حكم الجناية على الانسان والحيوان ولم يذكر الموت تداركه هنا

وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا وهو ماتتساوى قيمة اجزائه « متن »

(قوله) ﴿ وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والوسيله والغنية والسرائر والشرائع والنافع وسائر ماتاخر عنها الى الرياض وبه طفحت عباراتهم في ابواب المعاملات بل وغيرها ياخذونه في الجميع مسلما وفي جامع المقاصد الاجماع عليه وفي ظاهر كشف الرموز وصريح الرياض نفي الخلاف فيه وقال في غاية المراد اطبق الاصحاب على ضمان المثلي بمثله الا ما يظهر من ابن الجنيد فانه قال ان تلف المضمون ضمن قيمته اومثله ان رضي صاحبه قال ولعله يريد القيمي (ويدل) عليه بعد الاجماع قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وان المثل يعرف مشاهدة والقيمة يرجع فيها الى الاجتهاد والمعلوم مقدم على المظنون ومثل الشيء اقرب اليه من غيره واذا تعذرت العين وجب المصير الى الاقرب (قوله) ﴿ وهو ماتتساوى قيمة اجزائه ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وفيه وفي المسالك والكفاية انه المشهور وقد زاد الشيخ وابن زهرة وكذا المصنف في التذكرة بعد التعريف المذكور التمثيل بقولها كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان وما اشبه ذلك (والمراد) بتساوي قيمة اجزائه تساوي قيمة اجزاء النوع منه كالحبوب والادهان فان المقدار من النوع الواحد يساوي مثله في القيمة ونصفه يساوي نصف قيمته وقد نقضوه بالثوب والارض فان قيمة اجزائهما متساوية وليسا مثليين وفيه منع فان ذراعا من الثوب اوالارض قد يسوى درهما والاخر نصف درهم اولا يساوي شيئا فان حصلت المساواة عرفا قلناهما مثليان ولامانع كما ستسمع (واورد) عليه في مجمع البرهان انه ان اريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف اذ ما من شيء الا واجزائه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل انه مثلي فان قفيزا من حنطة يساوي عشرة وآخر يساوي عشرين وبالجملة التفاوت معلوم وان اريد التساوي في الجملة فهو في القيمي ايضا موجود مثل الثوب والارض ونحوهما وان اريد مقدارا خاصا فهو حوالة على المجهول انتهى (واجاب) الاستاذ قدس سره فيما حكى عنه سبطه شيخنا صاحب الرياض بانه لعل المراد التساوي المتعارف المعتد به عند اهل العرف اي الذي يكون متساوي الاجزاء عرفا يكون مثليا وغير المتساوي كذلك غير مثلي انتهى (قلت) قد اشار هو في آخر كلامه في مجمع البرهان الى ذلك فقال ما حاصله كل شيء يكون له مثل في العرف يؤخذ بدلا كالحنطة ولا يؤخذ كل حنطة بل الحنطة التي هي مثل ما اتلفها عرفا وقيمة فتؤخذ الجيدة بدل الجيدة ولا تؤخذ الردية بدل الجيدة وبالعكس بل اذا كان ثوب مثل ثوب آخر في لونه وصورته وقيمته بحيث لايفرق اهل العرف بينهما كان مثلا له وكذلك الشان في الملاعق والمغارف والاشعار والاوبار ونحو ذلك (قلت) وياتي في جامع المقاصد ان الثوب مثلي (واعتذر) المحقق الثاني عن التعريف المذكور بان الظاهر منه ارادة ضبط المثلي بحيث يتميز فضل تميز لا التعريف الحقيقي او يكون التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان داخلا في التعريف فيكون انكشافه بهذه الامثلة (وقد يقال) عليه في «الاول» انه ان حصل التمييز التام بحيث امتاز عما عداه ودفعت عنه النقوض حصل المطلوب والا بقي مجهولا وان تميزت اكثر افراده فضل تميز لان ذلك غير كاف في بناء الحكم عليه ويقال عليه في «الثاني» انه انما تعرض له اثنان اوثلثة والظاهر انهم لم يريدوا ادخاله في التعريف والا لادخله الباقون سلمنا لكنه بالتمثيل لايحصل التمييز التام اذ يمكن ان يقال ان الثوب والارض منه وان اراد انه بدخوله في التعريف يحصل الانكشاف لا التعريف الجامع المانع وانما يتضح اكثره كان كالاحتمال الاول ويرد عليه مايرد عليه (وذكر) في المسالك انه اعترض عليه اي التعريف بانه ان اريد بالاجزاء كما تركب عنه الشيء لزم ان لاتكون الحبوب مثلية لانها تتركب من القشور والالباب والقشر واللب مختلفان في القيمة وكذلك التمر والزبيب لما فيهما من التمر والعجم وان اريد الاجزاء التي يقع عليها اسم الجملة لزم ان لايكون الدراهم والدنانير

فان تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز وان حكم الحاكم بها يوم الاعواز « متن »

مثلية لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفائها وذلك لم يؤثر في القيمة وهو كما ترى وكان الاولى ان لا يسطر (وعرفه) في التحرير بانه ما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته وفي الدروس والروضة انه المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات وفي المسالك والكفاية انه اقرب التعريفات الى السلامة (وقد يقال) انه لا يكاد يخرج الثوب بل ولا الارض و بعض ما تقدم مع زيادة ابهام التساوي وكذا تقارب الصفات فتأمل (ونحوه) ما في غاية المراد من انه ما تتساوى اجزائه في الحقيقة النوعية اذ الظاهر صدقه على ما تقدم من الارض والثوب ونحوهما مع اشكال تحقيق الاتفاق في الحقيقة النوعية ومرجعه الى ما يكون اسم القليل والكثير منه واحدا كالماء والدبس (وحكى) في التذكرة عن بعض فقهاء العامة تعريفه بانه كل مقدر بكيل او وزن وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلما لان السلم يثبت بالوصف في الذمة والضمان شبهه لانه يثبت في الذمة وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الاصلين في قضية التماثل قال واعترض على العبارات الثلاث بان القماقم والملاعق والمغارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم فيها و بيع بعضها ببعض وليست مثلية ونقض الاول بالمعجونات وفي مجمع البرهان انه يشكل ايضا بالغزل والصوف والوبر والشعر والقطن ونحوها فانها غير مثلية مع صدق التعريف الا ان يقولوا انها مثلية وايضا ليس للكيل والوزن ضبط في غير ما تحقق في عصره صلى الله عليه وآله وسلم وهو قليل كما بيناه في باب البيع وقد قالوا فيما لم يتحقق كيله ووزنه في عصره انه يتبع حال البلد فيلزم كون الشيء الواحد مثليا في بلد قيميا في اخر الا ان يلتزموه او يقولوا لا يجوز السلم فيها ولا بيع بعضها ببعض وحينئذ لا يتم تعريفهم الاول بدون الزيادة على ان الزيادة الثانية لم يتضح معناها (وكيف كان) فالظاهر ان المدار في هذه التعاريف على العرف اذ ليس للمثل تفسير في الشرع والظاهر ان المعنى اللغوي غير مراد فان المثل لغة هو المشابه والمماثل في الجملة كما صرح به في مسئلة لا يستوي وقالوا ان المراد المساوات بحسب العرف لا من بعض الوجوه ولا من جميع الوجوه فان الاول موجود في الكل والثاني موجب للاتحاد والعرف اذا لم يتساهل ولم يتسامح قضى على الظاهر بما حكيناه عن الاستاذ والمقدس الاردبيلي انفا الا ما خرج عنه بيقين وكلامهم في باب القرض يشهد بذلك فليلحظ ما كتبناه هناك وياتي ما يؤيده قريبا (وقد يقال) ان ذلك اي الرجوع الى العرف واللغة فرع تعلق (تعليق خل) الحكم عليه ولم يعلق الحكم على لفظ المثل في كلام الشارع عدا قوله جل شانه فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم مع احتمال ارادة مثل اصل الاعتداء لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه فالمدار في اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي على الاجماع والاعتبار وليس فيهما ما يرجح احد التعاريف فليرجع في خصوص الافراد الى ما اتفقوا على كونه مثليا واما ما عداه فينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع الى الرضا والصلح ان امكن والا فلا يبعد ترجيح مختار الاكثر بالشهرة ولولاها لكان العمل بالتخيير بين الآراء متجها (وفيه) ان الاحتمال الذي ذكره في الآية خلاف المتبادر وقد اطبقوا على العمل بها في مثل المتعدى فيه في باب القصاص والديات واستند اليها جماعة كثيرون في المسئلة في الباب «سلمنا» لكن في انعقاد الاجماع على اعتبار المثل كل بلاغ فلا بد حينئذ من الرجوع الى اللغة او العرف وتعاريف الخاصة مشتركة في النقض عليها بالثوب والارض وغيرهما فكيف يتاتى التخيير وتعاريف العامة خالية عن هذا النقض منقوضة بما عرفت بما هو اعظم فلا بد من المصير الى العرف بالمعنى الذي ذكره الاستاذ والمقدس الاردبيلي الا ما خرج عنه بالاجماع على انه قيمي فليتامل جيدا وقد تقدم لنا الكلام في ذلك في عدة مواضع (قوله) ﴿ فان تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز وان حكم الحاكم بها يوم الاعواز ﴾ «اما» انه ينتقل الى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم كما ستسمع بل هو اجماعي ولعل دليله بعده ان الضرر منفي وان تكليف ما لا يطاق غير جائز وان في تاخير الحق اضرارا ايضا فتعينت القيمة

وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي « متن »

جمعاً بين الحقين و ياتي لجماعة منهم المصنف فيما ياتي انه لاينتقل الى قيمة المثل الا حيث يتلف المثلي والمثل موجود ولم يغرمه والا فالواجب قيمة المغصوب التالف لامثله «واما» انها تلزم يوم الاقباض لا الاعواز وان حكم بها الحاكم يوم الاعواز فما صرح به في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو قضية كلام من اقتصر على لزوم القيمة يوم الاقباض كالارشاد وغيره والحاصل اني لم اجد مخالفا منا في ذلك بل ولا متاملا في هذا الباب الا قوله في الايضاح ان الاحتمال الرابع اصح والا قوله في المفاتيح وقيل وقت الاعواز فما في المسالك والكفاية من انه الاشهر او الاظهر بين الاصحاب وكذا الرياض لم يصادف محله وقد يتوهم من عبارة التذكرة ان الشيخ مخالف وليس كذلك وما ذكر فيما ياتي من الكتاب والمسالك والكفاية من الاوجه الاربعة الاخر فسياتي الكلام فيها انشاء الله تعالى على انها ليست ايضاً لاحد منا في الباب وانما هي احد الوجوه العشرة التي ذكرها الشافعية ذكرها في التذكرة نعم اختلفوا في باب القرض فيه اي في وقت وجوب قيمة المثل في المثلي اذا تعذر على اقوال « فبعض» على انها تجب قيمته يوم المطالبة « و بعض» وقت القرض «و بعض» وقت التعذر ولا نجد فرقاً بين المقامين وقد قال في السرائر الكلام في القرض كالكلام في الغصب سواء لايفترقان وقد اتفقوا هنا واختلفوا هناك الا ان تقول لاخلاف هناك لان المخالف هناك نادر اوتفرق بان الغاصب يكلف بالاشق والغالب ان يوم الاقباض اشق فتأمل وقد استوفينا الكلام هناك فليلحظ و ياتي تمام الكلام (ووجه) ماعليه الاصحاب ان الواجب في الذمة هو المثل فعند ارادة التسليم ينتقل الى القيمة لو تعذر المثل ولو وجبت القيمة وقت الاعواز لكان اذا تمكن من المثل بعد الاعواز ولم يسلم العوض لايجزي تسليم المثل لاستقرار القيمة في الذمة والاصل بقائها والتالي باطل وحكم الحاكم بها على تقدير الاعواز مترتب على طلب المالك فان دفعها الغاصب فذاك والا لم يوجب الحكم تقديرها بذلك الوقت من حيث ان الحكم تعلق به لانه وقت يجب فيه الدفع فاذا اخره الى وقت اخر فالمعتبر وقت الدفع ولا ينافي ذلك الحكم لان الثابت في الذمة المثل ولا يتغير الا بدفع مثله على كل تقدير (والمراد) بتعذر المثل ان لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه كما في التذكرة ولم يحد ما حواليه وقد استظهر في جامع المقاصد ان المرجع فيه الى العرف ونحوه مافي المسالك والكفاية من وصفه بكونه مما ينقل اليه عادة كما ذكروه في انقطاع المسلم فيه (وقد يقال) ان مقتضى الاصل والغصب لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لاينقل منها عادة ان لم يستلزم التكليف بالمحال فتأمل وفي التحرير لو وجد المثل باكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء وفي التحرير والتذكرة والكتاب فيما ياتي والدروس وجامع المقاصد فيما ياتي والمسالك وغيرها انه لو قدر على المثل بعد دفع القيمة لايجب رد القيمة لانها انما رجعت لتعذر المثل وهو باق بخلاف مالوقدر على العين بعد اداء القيمة لان القيمة ليست بدلا عن العين حقيقة وانما هي ماخوذة للحيلولة ثم ان العين عين حقه والمثل بدل ولا يلزم من تمكينه من الرجوع الى عين حقه تمكينه من الرجوع الى بدله (والمراد) باليوم في كلامهم وقت الاقباض وحينه لاتمام اليوم لامكان اختلاف القيمة فيه اوهو مبني على الغالب (قوله) ﴿ وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على راي ﴾ (اما) ضمان القيمي بالقيمة ففي الدروس وغاية المراد والروضة انه المشهور (قلت) لا اجد فيه في الباب خلافا الا ما يحكى عن ابي علي وقد تقدم كلامه انفا وما يظهر من قرض الخلاف وما لعله يظهر من المحقق في باب القرض من ان الواجب في القيمي مثله مستندين الى انه اقرب الى الحقيقة والخبرين عاميين «احدهما» خبر عائشة لما اخذتها الغيرة والأفكل فكسرت اناء حفصة فقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لما سئلته عائشة عن كفارة ذلك اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام «والثاني» ان امرأة كسرت قصعة امرأة اخرى فدفع رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قصعة الكاسرة الى صاحبة المكسورة وقد عورضا

وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف عَلَى راي « متن

بخبر اخر عامي وحملهما الاكثر عَلَى انه صلى الله عليه واله وسلم علم بالرضا منهما كما بينا ذلك كله في باب القرض وذكرنا هناك تفصيل التذكرة وفي جامع المقاصد كما سياتي ان شاء الله تعالى ان خلاف ابي علي كاد يكون مضمحلا (وكيف كان) فقد اتفقوا هنا من غير تامل ولا خلاف وهناك تامل بعض وخالف اخرون كما هو الشان في المسئلة المتقدمة (واما) انه يضمن بقيمته يوم الغصب فهو خيرة المقنعة والمراسم والمبسوط والنهاية في موضع منهما والنافع وكشف الرموز وكانه مال اليه في الارشاد وفي الارشاد (الشرائع خ ل) والتحرير انه مذهب الاكثر (ووجهه) انه اول وقت دخول العين في ضمان الغاصب والضمان انما هو لقيمته فيضمن به حالة ابتدائه «وضعفوه» بان الحكم بضمان العين بمعنى انها لو تلفت وجب بدلها وهو القيمة لاوجوب قيمتها حينئذ فان الواجب مادامت العين باقية ردها ولا ينتقل الى القيمة الا مع التلف فلا يلزم من الحكم بضمانها عَلَى هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت (وقد) استدل عليه في الروضة بصحيحة ابي ولاد قال ارايت لو عطب البغل اوانفق اليس كان يلزمني فقال عليه السلام نعم قيمة البغل يوم خالفته وهو مبني عَلَى ان الظرف صلة للقيمة حتى يكون المراد القيمة الثابتة يوم المخالفة ويعارضه احتمال ان يكون المراد يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة بمعنى انها تتعلق بك ذلك اليوم وحينئذ فحد القيمة غير مبين يرجع فيه الى ما يقتضيه الدليل كما بيناه في باب البيع «ودعوى» ان الاول هو الظاهر معارضه باعتباره عليه السلام بعد ذلك في ارش العيب القيمة يوم الرد قال فان اصاب البغل كسر اودبر اوعقر قال عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده ولو كان فيه دلالة ما اهمله القوم وهذا القول فاسد لانه لو غصبه ثم رهنه اواستودعه من جاهل بالغصب ثم تلف في يد المرتهن اوالمستودع وقيمته حينئذ مثلا عشرون وكانت قيمته يوم غصبه الغاصب عشرة فرجع المالك عَلَى المستودع والمرتهن بالعشرين فان رجع عَلَى الغاصب بالعشرين يكون قد ضمن للمالك قيمته في غير يوم غصبه وان رجع عليه بعشرة يكون قد ضمن من ليست يده يد ضمان الى غير ذلك مما يرد عليه وعَلَى القول الثاني والثالث فالاوجه الثلثة باطلة (قوله) ﴿ وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف عَلَى راي ﴾ هو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في موضع منهما والوسيلة والغنية والسرائر والايضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة عَلَى اشكال وكذا شرح الارشاد للفخر وفي بيع المختلف نسبته الى علمائنا وفي غصبه انه اشهر واستحسنه في الشرائع وكانه قال به اومال اليه في الكفاية وفي المسالك ان في خبر ابي ولاد ما يدل عَلَى وجوب اعلى القيم بين الوقتين وكانه قال به وقواه في الروضة ايضا لمكان هذا الخبر الصحيح ولا تغفل عما حكيناه عنه فيها في القول الاول ولعله فهم ذلك من قوله عليه السلام او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك وفي الدروس انه انسب بعقوبة الغاصب (وقد استدلوا) عليه بانه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة اعلى القيم ولو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده وانه يناسب التغليظ عَلَى الغاصب (وضعف) بان الزيادة للسوق مادامت باقية غير مضمونة اجماعاً ولا يلزم من ضمانها لو تلف في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها فيها لان ضمانها عَلَى تقدير تلفها في الحالة العليا ماجاء من قبل الزيادة بل من حيث الانتقال من ضمان العين الى القيمة لفوات العين وهو منتف عَلَى تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا واخذه باشق الاحوال لا يجوز بغير دليل يقتضيه وقد تبين ضعفه كما ذكر ذلك كله في المسالك وغيرها (وحكى) الشهيد عن المحقق ره في احد قوليه انه يضمن الاعلى من حين الغصب الى حين رد القيمة (هذا قول اخر غير مشهور «حاشية: منه») وهو مبني عَلَى ان القيمي يضمن بمثله كالمثلي وانما ينتقل الى القيمة عند دفعها لتعذر المثل فيجب اعلا القيم الى حين دفع القيمة لان الزائد في كل آن سابق عَلَى الدفع من حين التلف مضمون تحت يده ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك فاذا تلفت في يده ضمنها واليه اشار في الشرائع بقوله ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك عَلَى تردد

ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك واذا كسرت الملاهي فلا ضمان فان احرقت ضمن قيمة الرضاض « متن »

ومنشأه الشك في ان الواجب في القيمي المثل او القيمة وعلى المعروف بين الاصحاب لاوجه هذا القول نعم يتجه بملاحظة ان منعه عن العين وعدم تمكينه منها حين ارتفاع قيمتها ضرر عليه وتفويت لتلك المنفعة العليا ولهذا اختاره الاستاذ قدس سره فيما حكي عنه وهو كما ترى مع اطباق الاصحاب على خلافه وهو غير ماقو ينا، فيما اذا اراد بيعه بقيمة عالية لراغب فيه ومنعه عن ذلك لانه يكون قد اضره وفوت عليه كسبه (وهناك قول اخر) وهو ان الواجب قيمته حين التلف وهو خيرة الكتاب في اخر باب البيع والتذكرة والمختلف والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمحكي عن القاضي وفي الدروس وكذا الروضة نسبته الى الاكثر وقد يظهر من النافع انه ليس قولا لاحد وانما هو مجرد وجه كان المصنف لم يذكره هنا وجها ولا قولا ولم يذكره كذلك في بيع الكتاب والتحرير في مسئلة مالو باع بحكم احدهما (ووجه) هذا القول (الوجه خ ل) ان الواجب زمن بقاء العين انما هو ردها سواء كانت القيمة زائده اوناقصة من غير ضمان شيء من النقص اجماعا كما في المختلف والروضة فاذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحق اليها لتعذر البدل ومع وجود العين لاتتعلق القيمة بالذمة وانما الذمة مشغولة برد العين والانتقال الى القيمة انتقال الى البدل وهو انما يثبت حال وجوبه وهو حالة التلف (وقد يقال) انا نمنع انه ينتقل الى القيمة حين التلف بل نقول انه ينتقل الى اعلى القيم حين التلف لامر اخر وهو خبر الضرر كما تقدم تقريب الاستدلال به انفا فتدبر «هذا» ومحل الخلاف كما صرح به جماعة من غير خلاف كالمصنف في المختلف والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم مااذا كان نقصان القيمة مستندا الى السوق اما اذا استند الى حدوث نقص في العين ثم تلفت فان الاعلى مضمون اجماعا كما في المسالك والروضة وظاهر جامع المقاصد حيث قال قطعا كما تقدم بيانه في فصل المتعاقدين (قوله) ﴿ ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك ﴾ اذا حكمنا بضمان القيمة على اي وجه سوى ماحكي عن المحقق فلا عبرة بزيادتها ولا نقصانها بعد يوم التلف لان الواجب القيمة متى حكم بها استقرت نعم لو قلنا بان الواجب في القيمي مثله اتجه وجوب مازاد من القيمة الى حين دفعها كما في المثلي كما تقدم فيما حكي عن المحقق (قوله) ﴿ واذا كسرت الات الملاهي فلا ضمان ﴾ كما هو قضية كلام المبسوط وصريح التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه قطع به الاصحاب وفي جامع المقاصد انه لاريب فيه لان تلك الهيئة محرمة لاحرمة لها (واختلف) العامة في الحد المشروع لابطالها على وجهين «احدهما» انها تكسر حتى تنتهي الى حد لايمكن اتخاذ الة محرمة منها لا الاولى ولا غيرها وفي جامع المقاصد انه ليس ببعيد لانه ازجر لمن هي له «واظهرهما» عندهم انه لا تكسر الكسر الفاحش لكنها تفصل وفي حد التفصيل وجهان (احدهما) انها تفصل مقدار لا يصلح لاستعمال الحرام فاذا رفع وجه البربط وترك على شكل قصعة كفى (والثاني) ان تفصل الى حد لو فرض اتخاذ الة محرمة من مفصلها لوصل الى الصانع التعب «اذا عرف هذا» فمن اقتصر في ابطالها على الحد المشروع فلا اثم عليه ولا ضمان ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة الى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية الى الحد الذي اتى به (قوله) ﴿ فان احرقت ضمن قيمة الرضاض ﴾ كما هو قضية كلام المبسوط وصريح التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير نسبته الى قطع الاصحاب وما في الكتاب هو معنى قوله في التذكرة من احرقها فعليه قيمتها في الحد المشروع (واحتج) عليه في جامع المقاصد بان الرضاض وهو الذي يبقى بعد الكسر محترم ومعناه انه مملوك كما هو واضح وقد تقدم في باب المكاسب ان الات اللهو لاتعد مالا وانها غير مملوكة في ظاهر كلام جماعة وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعدة وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك والامر في الصلبان والاصنام واضح ولا قائل بالفرق

وكذا الصليب والصنم والمستولدة والمدبر والمكاتب المشروط وغير المؤدي كالعبد في الضمان والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزم اجرة اعلاها اجرة « متن »

عَلَى الظاهر وقد حاولنا هناك الجمع بين كلامهم في المقامين بان يكون المراد ان المادة تملك دون الصورة او ان المادة لاتضمن لو توقف اتلاف الصورة عليها او لاتملك مطلقا ولا كذلك الرضاض بعد كسرها فتأمل جيدا وياتي بيان الحال في اواني الذهب والفضة عَلَى المشهور من حرمة عملها واتخاذها للقنية والتزيين عند تعرض المصنف له وتمام الكلام بما لامزيد عليه في باب المكاسب (قوله) ﴿ وكذا الصليب والصنم ﴾ كما في التذكرة وفي الكفاية انه قطع به الاصحاب وقد عرفت الحال فيه (قوله) ﴿ والمستولدة والمدبر والمكاتب المشروط وغير المؤدي كالعبد في الضمان ﴾ اي فلو غصب احد هؤلاء ضمنه كما يضمن القن وبه صرح في الخلاف والتذكرة والشرائع وغيرها غير انه لم يذكر المطلق الغير المؤدي في الخلاف والشرائع والتذكرة ولعله لظهور الحال فيه وظاهر الخلاف والتذكرة الاجماع حيث قصر الخلاف عَلَى ابي حنيفة فقال ام الولد لاتضمن لانها لاتجرى مجرى الاموال لانها لايتعلق بها حق الغرماء فاشبهت الحرة (ورده) بانها مملوكة وتضمن بالقيمة وكل ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ويملك تزويجها واجارتها فاشبهت المدبرة فالقياس عليها اولى من القياس عَلَى الحرة (قوله) ﴿ والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت ﴾ المراد بالفوات ذهابها بغير استيفاء وبالتفويت استيفائها واحترز بالمباحة عن المحرمة كالغناء واللعب بالات اللهو واطلاق الاصحاب منزل عَلَى المباحة ولعل ماحرم بالعارض كما اذا نذر المالك ان لا يستعمله في حياكة مثلا اوشرط عليه ذلك كذلك (وبالحكمين) المذكورين طفحت عباراتهم بعضها كالكتاب وبعض في مطاوي كلماتهم في ضمن مسائل اخر من دون خلاف اصلا قال في التذكرة منافع الاموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونه بالتفويت والفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا اوجارية اوعقارا اوحيوانا مملوكا ضمن منافعه سواء اتلفها بان استعملها اوفاتت تحت يده بان بقيت في يده مدة ولا يستعملها عند علمائنا اجمع ثم انه نسب الخلاف الى ابي حنيفة خاصة وفي الخلاف وظاهر السرائر الاجماع عَلَى ان المنافع تضمن بالغصب مثل منافع الدار والدابة والثياب وهما باطلاقهما يتناولان الحكمين المذكورين وقد قصر الخلاف في الاول ايضا عَلَى ابي حنيفة وزاد فيه ان الاخبار تدل عَلَى ذلك وقال في التذكرة ايضا كل عين لها منفعة تستأجر تلك المنفعة فان منفعتها تضمن عندنا بالاتلاف والتلف تحت اليد العادية اذا بقيت في يده مدة لمثلها اجرة بكونها مما تستأجر حتى لو غصب كتابا وامسكه مدة يطالعه اولم يطالعه يلزمه اجرته وظاهره الاجماع ايضا وقيد المنفعة بكونها مما تستاجر ليخرج غصب الغنم والمعز والشجر حيث لامنفعة لها تستاجر كما نص عليه في المبسوط لكن كلام السرائر والتذكرة والكتاب وجامع المقاصد والمسالك في باب الاجارة قد يخالف ذلك فليلحظ كلامهم فيما اذا استاجر تفاحة للشم اوالدراهم والدنانير (والوجه) فيما عليه الاصحاب انها اموال تدخل تحت البدلان منافع المملوك مملوكة (قوله) ﴿ ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه اجرة اعلاها ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لانها من جملة مافات تحت اليد فتجب اجرتها واطلاقها يقضي بعدم الفرق بين ان يكون قد استعمله في الاعلى اوالدنيا او الوسطى او لم يستعمله اصلا بل اطلاق التذكرة يتناول ما اذا امكن فعلها جملة اولا لانه لم يمثل بالحائك والخياط وقال في المسالك ان استعمله في الاعلى ضمنها وان استعمله في الوسطى او الدنيا ففي ضمان الاعلى وجهان وتبعه صاحب المفاتيح وقال في الروضة ان امكن فعلها جملة اوفعل اكثر من واحدة وجب اجرة ما امكن والا فاعلاها اجرة ولو كانت الواحدة اعلا منفردة من منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الاعلى (قلت) هذا هو الاشبه وهو ظاهر جامع المقاصد كما ستسمع تعليله (وينبغي) التنبيه عَلَى

ولا تجب اجرة الكل ومنفعة البضع لاتضمن بالفوات وتضمن بالتفويت فلو وطئ وجب مهر المثل «متن»

الفرق بين المنافع والعمل فانه يضمن في المنافع اعلاها وفي العمل اجرة اوسطه لانه لا اولوية بالنسبة الى المنافع للقادر عليها فانه ممكن من كل منها عَلَى حد سواء بخلاف العمل فان مراتبه متفاوتة فان آداب الاجير نفسه فوق المعتاد نادر كما ان الرضا بالتراخي نادر ايضا فكان المدار عَلَى الاوسط فيصير الحاصل انه يضمن اعلا منافع العبد باوسطها اجرة (قوله) ﴿ولا تجب اجرة الكل﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وصاحب الروضة يقيده بما اذا لم يمكن فعلها جملة ويؤذن بذلك توجيهه في جامع المقاصد بعدم استيفاء الكل دفعة واحدة (قوله) ﴿ومنفعة البضع لاتضمن بالفوات وتضمن بالتفويت﴾ (اما) ضمانها بالتفويت فما لاكلام فيه فيما اجد في الامة مطلقا الا اذا كانت عالمة وفي الحرة حيث يكون للبضع اجرة كما اذا وطئ بعقد اوشبهة لافيما اذا زنى بها (واما) عدم الضمان بالفوات فقد صرح به هنا كما في التذكرة وجامع المقاصد بل ظاهر التذكرة ان لامخالف فيه حتي من العامة وهو خيرة شهادات الخلاف قال اذا شهدا بطلاق ثم رجعا وكان بعد الدخول فلا غرم لان البضع لا يضمن بالتفويت واختاره المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والارشاد وغيرهما وفي المسالك وكشف اللثام انه المشهور ذكروا ذلك في باب الشهادات واختاره المصنف ايضا فيما اذا ارضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة ذكره في باب الشهادات وتردد فيه المحقق في رضاع الشرائع والمصنف في اوائل الفصل الثالث كما ياتي والتردد ظاهر الشهيد في شهادات اللمعة والمصنف في رضاع الكتاب حكم بالضمان وفاقا للمبسوط وجماعة كما في المسالك لان البضع مضمون كالاموال لانه يقابل بالمال في النكاح والخلع ولا يحتسب عَلَى المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل ويضمن للمسلمة المهاجرة مع كفر زوجها (واحتج) في الخلاف عَلَى عدم الضمان بانه لو كان يضمن لحجر عَلَى المريض بالطلاق الا ان يخرج البضع من ثلثه وبانه لا يضمن له لو قتلها قاتل اوقتلت نفسها وقد يدفع الاخير بان المنفعة لا تضمن الا اذا فوتت وحدها اما مع تفويت العين فتدخل فيها المنافع (والاولى) ان يحتج له «بان» منفعة البضع تستحق استحقاق ارفاق للحاجة والضرورة ولا كذلك سائر المنافع فان استحقاقها استحقاق ملك تام الا ترى ان من ملك منفعة الاستيجار ملك نقلها الى غيره بالعوض بان يؤجره وبغير العوض بان يعيره والزوج المستحق لمنفعة البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا بغيره «وان» السيد يصح ان يزوج الامة المغصوبة ولا يصح ان يؤجرها ولا ان يبيعها لان يد الغاصب حائلة بين المستاجر والمشتري ولو تداعى اثنان نكاح امرأة فانهما يدعيان عليها ولا يدعي احدهما عَلَى الاخر وان كانت عنده ولو اقرت لاحدهما حكم بانها منكوحة له وذلك يدل عَلَى ان اليد لها «وانه» لو وطئ مع اتحاد الشبهة وطئات متعددة لايجب عليه الا مهر واحد كما هو الشان في النكاح الفاسد وهذا ايضا مما خالفت فيه منفعة البضع غيرها من المنافع «وانه» يجوز تفويض البضع ولا يلزمه شيء عَلَى تقدير عدم الطلاق والمال ليس كذلك والحاقه به في بعض المواضع لايوجب الحاقه به مطلقا ولعله لذلك قال في الدروس منفعة البضع سواء كان لحرة او لامة لاتضمن بغير التفويت الا في مثل الرضاع والشهادة بالطلاق عَلَى وجه انتهى والتفويت في كلام الخلاف وغيره يراد به معنى الفوات ولا يراد به الاستيفاء وهذا كلام الاصحاب وهو في الحرة غير محرر لانه قد تقدم ان منافع الحر غير مضمونة وما ادري ماذا دعاهم الى القول بضمان منفعة البضع او التردد في ذلك واحتمال انهم ظفروا بدليل اخر يدفعه انك عرفت ما استدلوا به (قوله) ﴿فلو وطئ وجب مهر المثل﴾ سياتي الكلام فيه انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف له وبسط الكلام فيه وهو من منفردات الكتاب (وقيل) بوجوب العشر ان كانت بكرا ونصفه ان كانت ثيبا للرواية وهو المشهور (ورده) ابن ادريس بانها في وطئ المشتري الجاهل بكونها حاملا لا الغاصب فلا يلحق

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك وفي دخول الاجرة تحته نظر اقربه العدم ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلا بآفة سماوية ضمن الارش والاجرة لما قبل النقص سليما ولما بعده معيبا « متن »

به ويأتي تمام الكلام انشاء الله تعالى والظاهر ان المهر للسيد وان كانت مزوجة لانه مملوك للسيد دون الزوج (قوله) ﴿ ويضمن منفعة كلب الصيد وماصاده به للغاصب ﴾ (اما) ان منفعة كلب الصيد مضمونة فلانه حيوان مملوك يجوز اقتناءه وله منفعة تستاجر وله قيمة في نظر الشارع فيدخل تحت اجماع الخلاف والسرائر واجماعي التذكرة كما تقدم وكذا غيره من الكلاب التي يجوز اقتناؤها والفهد والبازي وباقي جوارح الصيد (واما) ان ما صاده للغاصب فهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد لان الغاصب هو الصائد والكلب آلة في الصيد كالسهم والقوس والشبكة اذا غصب شيئاً منها واصطاد به فاشبه مالو ذبح بسكين غيره وهو اظهر قولي الشافعية والقول الآخر انه للمالك كصيد العبد واكتسابه لانه من كسب ماله فاشبه صيد العبد وكسبه والحكم جار في باقي جوارح الصيد (قوله) ﴿ ولو اصاد العبد المغصوب فهو للمالك ﴾ لانه صالح للاكتساب برايه وعقله وليس آلة صرفة كالكلب ولما كانت يده يد مولاه كان مايكتسبه للمولى وكانه مما لاخلاف فيه لاحد (قوله) ﴿ وفي دخول الاجرة تحته نظر اقربه العدم ﴾ وهو الاقوى كما في الايضاح والاصح كما في جامع المقاصد لانه استولى على منافعه وقد فاتت بغير رضا المالك فاشبه ما اذا لم يصد شيئاً ولعل المالك كان يستعمله فيما هو اهم عنده وانفع له فالمنفعة ملك براسه والحاصل بالاصطياد ملك حصل بالاكتساب والحيازة واحدهما غير الآخر وكون الاصطياد سببه لايقتضي كونه اياه وفرق واضح بينه وبين ما اذا اصطاد بامر المالك (ووجه) الوجه الآخر انه اذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفة اليه فلم يتحقق تفويت الغاصب لها على مالكها والاجر انما هو في مقابلة المنافع والمنافع في هذه المدة عائدة الى مالكها فلم يستحق عوضا على غيره فكان كما لو زرع ارض انسان فاخذ المالك الزرع بمنفعته فيصير الحاصل ان ما اصطاده يقابل بالاجرة فان لم تزد لم يجب غيره وان زادت وجب الزائد وقد وجه بنحو ذلك في جامع المقاصد وقال لاريب في ضعفه ولعله بهذا التوجيه لايكون بتلك المكانة من الضعف بحيث ينفى عنه الريب ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة ولعل التحقيق ان يقال ان كانت منفعته منحصرة في الاصطياد اوهي اعلاها فالاولى التداخل والا فلا (وليعلم) ان كلامهم هنا يقضي بالفرق بين ما اذا كان الحاصل من المنفعة وجود عين كالغزال مثلا وبين ما اذا كان منفعة كخياطة الثوب ونحوها ولذلك قالوا هناك انه لو استعمله في الادنى لزمته اجرة الاعلى ولم يلتفتوا الى قيمة الهيئة واحتمال التداخل كما لحظوا ذلك هناك فليتامل فانه دقيق ومرجع الضمير المضاف اليه في قوله تحته راجع الى ما حصل بصيده فكانه قال تحت ما حصل بصيده (قوله) ﴿ ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلا بآفة سماوية ضمن الارش والاجرة لما قبل النقص سليما ولما بعده معيبا ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو قضية كلام الايضاح بل لايتعرضون له من العامة موافقون على ذلك لان الزمن الذي قبل النقص كانت منفعته فيه تامة لسلامته بخلاف مابعده فان المنفعة فيه ناقصة لنقص العين وقد وجب ارش الفائت من حين فواته فلا يجب شيء آخر لان وجوب اجرة شيء معدوم بعد عدمه لايعقل وفي جامع المقاصد ان قوله بآفة سماوية لايخلو من مناقشة لان فواته بفعل الغاصب اواجنبي كذلك (قلت) هو كذلك ولكن لعل غرضه التنبيه بهذا وما بعده على ان تفصيل الشافعية غير وجيه لانهم قالوا ان كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو سقطت يد العبد بآفة سماوية اونقص الثوب بنشره وجب له الارش مع الاجرة وهي اجرة مثله سليما لما قبل النقص ومعيبا لما بعده وان كان النقص بسبب الاستعمال فوجهان احدهما انهما يجبان معا والثاني انه لايجب الا اكثر الامرين كما سياتي فعنون المصنف المسئلتين على نحو ماذكروه وقال ان الاقرب عدم الفرق

وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالاقرب المساواة للاول فتثبت الاجرة والارش ويحتمل وجوب الاكثر من الارش والاجرة ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الاجرة للمدة السابقة عَلَى الغرم وفي اللاحقة اشكال «متن»

بينهما لا كما قالوه واذا لم يفرق بينهما كان ممن لا يفرق بين الفوات بفعل الغاصب والفوات بفعل غيره قطعا كما هو واضح ولما لم يتصور نقص عضو من العبد باستعمال الغاصب لم يمثل به ومثل بالثوب فتامل (قوله) ﴿ وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالاقرب المساواة للاول فتثبت الاجرة والارش ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والايضاح والدروس وجامع المقاصد و المسالك ومجمع البرهان لمكان تعدد السبب فان الاجزاء الناقصة بدلها الارش والمنفعة وهي اللبس غيرها فيجب عوضها وهو اجرة المثل لان الاصل في الاسباب اذا اجتمعت عدم التداخل فاذا ثبتا معا فالحال في الاجرة عَلَى حد ماسبق من انه قبل النقص تجب اجرته سليما و بعده تجب اجرته ناقصا فيساوي الاول اعني ما اذا انتقص بسقوط العضو (و يبقى) الكلام في تصوير ذلك وتحقيقه اذ الثوب في كل يوم يوم يبلى منه جزء بالاستعمال فينبغي ان يكون لكل يوم ارش ولكل يوم اجرة فتأمل وكلام جامع المقاصد في المسئلة صريح في ان الثوب مثلي (قوله) ﴿ ويحتمل وجوب الاكثر من الارش والاجرة ﴾ هذا هو الوجه الثاني من وجهي الشافعية وهو غير الاصح عندهم وقد احتمله في الدروس ايضا استنادا الى ان النقصان نشأ من الاستعمال وقد قوبل الاستعمال بالاجرة فلا يجب له ضمان اخر والا لوجب ضمانان لشيء واحد (ورده) في التذكرة بان الاجرة لم تجب للاستعمال وانما تجب لفوات المنفعة عَلَى المالك فتجب وان لم يستعمل كما انها تجب وان لم يفت شيء من الاجزاء فلم يجب ضمانان لشيء واحد (وقد يقال) انهم لا ينكرون وجوب الاجرة مطلقا وانما يقولون حصلت المقابلة فلم يفت عَلَى المالك شي (واحتج) لهم في جامع المقاصد بان نقص الاجزاء ملحوظ في الاجرة لان المستأجر لا يضمن الاجزاء الناقصة قطعا فلولا انها ملحوظة لوجب ضمانها ولان ما ينقص بالاستعمال تعتبر اجرته زائدة عَلَى مالا ينقص به فلولا كونها ملحوظة لم تحقق الزيادة وضعفهما «فالاول» بمنع كون الاجزاء الناقصة ملحوظة ولم لا يكون سقوط الضمان للاذن في الاستعمال الشامل لاتلافها «والثاني» بان ثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم انتهى وفي الثاني نظر ظاهر وقد سمعت ما احتجوا به اذ مفاده يرجع الى الثاني هذا (وقد يقال) اذا كان الارش اكثر كيف يتصور اجزائه عن الاجرة (قلنا) ان الارش ارش اجزاء تلفت بالاستعمال في المنفعة فلو اخذ اجرها يكون اخذ اجرة شيء معدوم بعد عدمه فان كان الارش اكثر اغنى عن الاجرة والفرق بين هذه وما قبلها ما اشرنا اليه انفا من ان نقص عضو من العبد لا يتصور تبعيته للمنفعة بخلاف الثوب هذا وان لم يكن للمغصوب اجرة كثوب غير مخيط فلا اجرة له عَلَى الغاصب وعليه ضمان نقصه لا غير نص عليه في التذكرة هذا وان لم يكن النقص بالاستعمال لم يتداخل وجها واحدا كما في جامع المقاصد كما ياتي (قوله) ﴿ ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الاجرة للمدة السابقة عَلَى الغرم وفي اللاحقة اشكال ﴾ سياتي ان شاء الله تعالى انه اذا غصب عينا فتعذر ردها كعبد ابق او دابة شردت او غصبت منه ولم يتمكن من استخلاصها وجب عليه دفع القيمة الى المالك لمكان الحيلولة و يلزمه اجرة المثل للمدة التي مضت قبل بذل القيمة من دون اشكال (وانما الاشكال) في الاجرة للمدة التي بعد بذل القيمة فهل تلزمه الاجرة لها ام لا وقد قرب في التذكرة اللزوم والوجوب وقال انه اصح وجهي الشافعية لان حكم الغصب باق وانما وجبت القيمة للحيلولة فيضمن الاجرة لفوات المنفعة ولان العين باقية عَلَى ملكه والمنفعة له وهو قضية كلام المبسوط ومال اليه في المسالك وكانه قال به في مجمع البرهان وهو الاصح وقرب في التحرير والارشاد والايضاح العدم وفي الشرائع انه اشبه لان القيمة الماخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأن المغصوب عاد اليه وهي الواجبة عليه فاذا دفعها برئ ولانه استحق الانتفاع ببدله وعوضه

(الركن الثالث) الواجب وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره عَلَى راي ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات (الاول) اقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال « متن »

الذي يقوم مقامه فاذا قبضه المالك لم يستحق الانتفاع به اذ لم يبق له من ذلك المال عَلَى الغاصب حق والا لم يكن عوضا لكن هذا لا يتم مع الحكم ببقائها عَلَى ملك المالك وانما (وان خل) نماؤها له وعدم وجود مسقط للضمان عن الغاصب لها فانه لا يكون الا بردها او بالمعاوضة عليها عَلَى وجه تنتقل به عن ملك مالكها ولم يحصل وفي جامع المقاصد المسئلة محل توقف ونحوه مافي الدروس والكفاية وياتي لصاحب جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان قال نعم عَلَى القول بان للغاصب حبس المغصوب الى ان يقبض البدل يتأتى عدم وجوب الاجرة بعد دفعه انتهى فتامل والوجهان جاريان في الزوائد الحاصلة بعد بذل القيمة هل هي مضمونة عَلَى الغاصب ام لا وياتي الكلام فيها عند تعرض المصنف لها (وليعلم) انه حيث تجب الاجرة تجب اجرة العمل الاوسط كما تقدم بيانه هذا (ولو) كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب كان غيب العبد الى مكان بعيد وتعذر رده وغرم القيمة فهل يجري الوجهان في المدة اللاحقة اوتجب عليه الاجرة لها من دون اشكال لانه غيبه باختياره فهو باق في يده وتصرفه فلا تنقطع علائق الضمان عنه بخلاف الآبق والشارد فليتامل (وليعلم) ان محل النزاع في اللاحقة ما اذا رد العبد امالو استمر الاباق او لم يعرف خبره فلا اجرة للاحقة نعم لو عرف بالبينة انه مات بعد اخذ القيمة للحيلولة بشهر اوسنة اونحو ذلك اخذ اجرة ذلك ولو استمر الاشتباه لم ياخذ شيئاً لان الشارع جعله حين اخذ القيمة في حكم المعدوم فيستصحب (قوله) ﴿ الركن الثالث الواجب ﴾ وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره عَلَى راي ﴾ جعل اركان الضمان ثلثة موجبه ومحله وواجبه بمعنى ما الذي يضمنه اهو المثل او القيمة وهذا يقضي مع التبادر ووصف القيمة بالعليا واضمحلال خلاف ابي علي بان يكون قوله عَلَى راي اشارة الى الخلاف في ان الواجب القيمة العليا ام غيرها كما فهم ذلك من العبارة في كنز الفوائد وجامع المقاصد لان كان اعظم اركان الضمان واما تقديم ذكره فانما كان بالتبع لانه لما قسم المحل الى حيوان وغيره وقال ان الحيوان يضمن بالقيمة وجب ان يذكر غيره فذكر الخلاف هناك واكتفى بالاشارة اليه هنا وجعل في الايضاح قوله عَلَى راي اشارة الى قول ابي علي من ان المثلي يتخير فيه المغصوب منه بين القيمة والمثل كما تقدم بيانه ولوكان كذلك لقال وهو المثل في المثلي عَلَى راي والقيمة العليا في غيره (قوله) ﴿ ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات ﴾ قد عرفت انها للشافعية وانها عشرة وانه ذكرها في التذكرة (وقد يقال) قد تقدم من المصنف ان الواجب قيمة المثل يوم الاقباض فما وجه هذه الاحتمالات (قلنا) ذكر الاحتمالات لا ينافي اختياره وان كان ذكر الفتوى عند ذكرها اقرب الى الفهم وابعد عن الوهم (والتقييد) بوجود المثل عند التلف وعدم التسليم له الى ان فقد قد وقع في التذكرة والمسالك والكفاية (ووجهه) انه حينئذ يكون قد استقر في ذمته فيرجع الى قيمته وفي تعيينها الاحتمالات وقضية ذلك انه لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالواجب قيمة التالف وهو الذي استظهره في جامع المقاصد وقد ترك التقييد بذلك في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس بل قال في الاخير فان تلفت فعليه ضمان المثل فان تعذر فقيمته يوم الاقباض سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين ام لا انتهى فتامل فيه ولعله اراد بالتسليم الفقد ويجري ذلك فيما اذا اتلف المثلي عَلَى غيره من دون غصب ولا اثبات يد (قوله) ﴿ الاول اقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال ﴾ قال في الايضاح مأخذ الاول والثاني ان عند اعواز المثل هل الواجب قيمة المغصوب لانه الذي تلف عَلَى المالك او قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة

(الثاني) اقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز (الثالث) اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز « متن »

لتعذره قال المصنف كل منهما محتمل فان قلنا بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المغصوب وان قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب الى وقت الانقطاع انتهى وما حكاه عن المصنف يحتمل انه اراد انه سمعه منه او اراد ما ذكره في التذكرة فان ذلك عين عبارتها لانه في اخر كلامه حكى بناء الوجهين عَلَى ذلك فعلى هذا يكون الضمير في قيمته راجعا الى المغصوب وهو الذي فهمه في كنز الفوائد ويرشد الى ذلك قوله في الكتاب والتذكرة ولا اعتبار بقيمة الامثال وقوله من يوم الغصب الى يوم التلف لانه المفهوم من يوم غصبه الى يوم تلفه بل لايكاد يتم في الامثال (وعندي) ان عبارة التذكرة قابلة لان يراد منها ذلك اوظاهرة فيه ولا سيما اذا اعتضدت بما سمعته مما ذكره في الايضاح اخيرا وان فهم منها في جامع المقاصد خلاف ذلك (قال) في التذكرة في الاحتمال الاول ان الواجب اقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة امثاله يوم تلفه كما في المتقومات ولان المثل جار في الوجوب مجرى المغصوب فاذا تعذر صار بمنزلة تلف المغصوب والمغصوب اذا وجبت قيمته وجب اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف (قال) في جامع المقاصد ان التعليل الثاني كالصريح في ان المراد قيمة المثل (قلت) ان كان هذا كالصريح فقوله ولا اعتبار بزيادة قيمة امثاله لايكاد يصح الا ان يكون المراد قيمة المغصوب فتأمل ثم انه استنهض عَلَى ارادة ذلك من عبارة الكتاب وان الضمير عائد اليه لا الى المغصوب انه اي المثل هو المحدث عنه والمطلوب معرفة قيمته وان الظاهر ان مرجع الضمير في الكل واحد والا للزم الاختلاف بغيرمائز (قال) ولاريب ان الضمير في قيمته في الاحتمال الثاني انما يعود الى المثل وان القيمة المذكورة في باقي الاحتمالات هي قيمة المثل فالظاهر ان هذا الاحتمال ايضا كذلك (قلت) هو جيد جدا لكن ولده وابن اخته ادرى بمراده وهما اصحاب بيت (ووجه) مالاقاه هوما اشيراليه في بناء الوجهين من ان الواجب المثل مع وجوده فمع فقده جرى مجرى مالا مثل له فوجبت القيمة ولان التالف عَلَى المالك هو المغصوب لا مثله فوجبت قيمته (ووجه) مافي جامع المقاصد انه لما كان تلف المثلي والمثل موجود وجب المثل وانحصر الوجوب فيه وصار الاصل متروكا اعني كون التالف عَلَى المالك هو المغصوب لا مثله فتجب قيمته لان المغصوب سقط وجوبه من الذمة وانتقل الحكم الى المثل فاذا تعذر وجبت القيمة نظرا الى جميع اوقات الضمان وهو من حين الغصب الى حين التلف فاعتبر اعلاها قيمة بناء عَلَى وجوب القيمة العليا في القيمي ولا ينظر الى قيمة الامثال بعد تلف المغصوب بل من حين الغصب الى حين التلف خاصة كما في المتقومات فانا انما نعتبر القيمة فيها من الغصب الى التلف عَلَى ذلك التقدير انتهى (وانت خبير) بان نزاعه مع الشارحين حينئذ يعود لفظيا لان قيمة المثل من يوم غصب المغصوب الى يوم تلفه هي قيمة المغصوب من يوم غصبه الى يوم تلفه عَلَى ان الوجهين لو تما قضيا باعتبار قيمة المغصوب في الاول والامثال في الثاني الى حين التسليم فلم يفضيا الى المطلوب كما سيظهر لك ذلك مما يأتي ولم يذكر هذا الاحتمال في المسالك والكفاية مع انهما قد ذكر فيهما خمس احتمالات ايضا (قوله) ﴿ الثاني اقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز ﴾ قد سمعت ما وجهه به في الايضاح والضمير هنا راجع الى المثل قطعا وفي جامع المقاصد ان (وجهه) ان انتقال الحكم الى المثل انما هو عند تلف المغصوب وبعد تعذره انتقل الفرض الى القيمة (وضعفه) بما تقدم فيما سلف من ان المثل لايسقط من الذمة بتعذره اذ الدين لايسقط بتعذر ادائه ولهذا لو تمكن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة فما دام لاياخذ المالك القيمة فالمثل ثابت في الذمة بحاله (قوله) ﴿ الثالث اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز ﴾ وجهه في التذكرة والايضاح بان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من انه كان مامورا

(الرابع) اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة (الخامس) القيمة يوم الاقباض ولو غرم القيمة ثم قدر عَلَى المثل فلا ترد القيمة بخلاف القدرة عَلَى العين ولو اتلف مثليا فظفر به في غير المكان فالوجه الزامه بالمثل فيه ولو خرج المثل باختلاف الزمان اوالمكان عن التقويم بان أتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا عَلَى نهر او اتلف جمدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل وقيمة المثل في مثل تلك المفازة او الصيف « متن »

بتسليم المثل كما كان مامورا برد العين فاذا لم يفعل غرم اقصى قيمه في المدتين كما ان المتقومات تضمن باقصى قيمتها لهذا المعنى ولا نظرالى ما بعد انقطاع المثل كما لانظر الى ما بعد تلف المغصوب المتقوم انتهى(وحاصله) ان المثل لما جرى مجرى المغصوب كانت قيمته في جميع زمان ضمان المغصوب مضمونة الى زمن تعذره كما عرف ذلك من الوجهين في الاحتمالين الاولين وهو اصح الاحتمالات عند الشافعية (قوله) ﴿ الرابع اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة ﴾ وجهه في التذكرة والايضاح بان المثل لا يسقط بالاعواز الاترى ان المغصوب منه لوصبر الى وجدان المثل ملك المطالبة به وانما المصير الى القيمة وقت تغريمها والقيمة الواجبة عَلَى الغاصب اعلا القيم (وحاصله) ان قيمة المثل معتبرة من زمن وجوبه او وجوب مبدله فانها مضمونة بضمان اصلها فيجب الاقصى تفريعا عَلَى ايجاب اعلا القيم وفي الايضاح انه الاصح (قوله) ﴿ الخامس يوم الاقباض ﴾ هـذا هو الاصح وقد تقدم بيانه (قوله) ﴿ ولو غرم ثم قدر عَلَى المثل فلا يرد القيمة بخلاف القدرة عَلَى العين ﴾ هذا تقدم الكلام فيه ايضا (قوله) ﴿ ولو اتلف مثليا وظفر به في غير المكان فالوجه الزامه ﴾ كما في السرائر والتذكرة والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد وقال في الاول انه الذي يقتضيه عـدل الاسلام والادلة واصول المذهب (ووجهه) ان وجوب رد المظلمة ثابت عَلَى الفور فلا يجوز التاخير ولا تراعى مصلحة من حقه ان يؤخذ باشق الاحوال فلا فرق بين كون المثلي في مكان المطالبة اعلى قيمة اولا ولا بين كون حمله يحتاج الى مؤنة ام لا كما هو قضية اطلاق بعض هؤلاء ونص البعض الاخر عَلَى ذلك وقال في المبسوط ماحاصله عَلَى طوله اذا اختلفت القيمة فللمالك قيمته في بلد الغصب او يصبر حتى يصل اليه لئلا يسوى في ذلك للضرر المنفي وهوالمحكي عن القاضي والشافعي (وفيه) مع فورية الحق ان تاخير الاداء ورد المظلمة ضرر عَلَى المالك والضرر لايزال بالضرر واذا تعارض الضرران في الغصب فالترجيح لنفي ضرر المالك اذ الضرر المنفي انما هو من شرع الحكم والغاصب هنا ادخله عَلَى نفسه مضافا الى انه يؤخذ بالاشق لا بالرفق(ولو)انعكس الفرض كأن ظفر به في غير محل الفرض والاتلاف للمثل وكانت قيمته اقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البدل الى موضع الاتلاف اذا كان حمله يحتاج الى مؤنة وكان غير بلده احتمالان كما في جامع المقاصد من دون ترجيح ولعل الاشبه ان له ذلك (قوله) ﴿ ولو خرج المثل باختلاف الزمان اوالمكان عن التقويم بان اتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا عَلَى نهر اواتلف جمدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل وقيمة المثل في تلك المفازة او الصيف ﴾ (الاحتمال الثاني) خيرة التذكرة وكذا الايضاح وفي الدروس انه يحتمل ذلك قويا وفي جامع المقاصد نسبته الى الاصحاب وغيرهم وقال لا محيد عن مختار الاصحاب وغيرهم وقد عرفت المتعرض له من الاصحاب ثم انه نسب الى الدروس الجزم به وقد عرفت انه انما احتمله والظاهر انه اراد بغيرهم الشافعية لانه يظهر من التذكرة انه مذهبهم (ووجهه) انه لاقيمة له اصلا كما هو المفروض في صريح جامع المقاصد وظاهر الكتب الباقية اوصريحها حيث يسمونه بخروجه عن التقويم وكما هو المتبادر من الامثلة بل هو الواقع فيها لان الجمد في الشتاء لاقيمة له ولما خرج عن المالية بالكلية خرج عن كونه واجبا فتعين الرجوع الى قيمة المغصوب في مكان الاتلاف اوزمانه فلو بقي له قيمة وان قلت فالمثل بحاله كما هو صريح جامع المقاصد وقضية ما لعله يفهم من كلام التذكرة (وعساك تقول) لواتلف عليه مائة في

ولو اتلف انيـة الذهب ففي ضمـان الزائد بالصـنعة اشكال ينشا من مساواة الغـاصب غيره وعدمها فان اوجبنـاه ففي التضمين بالمثل اشكال ينشا من تطرق الربا وعـدمه لاختصاصه بالبيع «متن»

المفازة واجتمعا على شط بغداد لم لا يكون له قيمة مثله في اقرب البلدان الى الشط المذكور (قلنا) لما كان مثله الذي في الشط لاقيمة له فالعدول الى قيمة مثله الاخر غير معقول فتعين الرجوع الى قيمة عين المغصوب في مكانه اوزمانه فتامل (ووجه الاول) اطلاق الاجماع والفتاوى على وجوب المثل في المثلي من دون تفاوت بالزمان والمكان وقال في الايضاح وجه الاول اطلاق النص بوجوب المثل واختلاف الزمان والمكان اختلاف في امور خارجة عن الماهية وصفاتها ثم حقق ان المماثلة هل هي باعتبار اتحاد الماهية اومع التساوي في المنافع والقيمة والمتعارف في الاصول الاول وباعتبار المالية الثانية وهو الاصح لان الاعتبار في المعاملات والضمانات بالقيمة لعدم ملك مالاقيمة له وعدم ضمانه فلا تصح المعاملة عليه فتكون معتبرة في المماثلة من جهة المالية انتهى (قلت) قد عرفت انه لانص في الباب ولعله اراد نص الكتاب المجيد وهذا التحقيق لاحاصل له يستند اليه وفي التذكرة انهما لو اجتمعا في مثل تلك المفازة او في الصيف وقد اخذ القيمة هل يثبت التراد الاقوى عندي المنع واستجوده المحقق الثاني لان المثل ليس هو عين المال وقد انحصر الحق فيما اخذه (قوله) ﴿ولو اتلف انيـة الذهب في ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها﴾ عدم ضمان الزائد بالصنعة بناء على تحريم اتخاذ الآنية خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس ومجمع البرهان وفي الايضاح انه اولى وفي الكفاية انه قطع به الاصحاب «قلت» من تعرض له قطع به الا المصنف حيث استشكل وولده حيث قال اولى (ووجه) ماعليه الاكثر ان الغصب لايصير مالا قيمة له شرعا ذا قيمة ولا يجعل ماهو محرم يجب اتلافه على جميع المكلفين لان كان منكرا ولا يشترط فيه نية القربه غير محرم فكان الغاصب وغيره فيه سواءاً (ونظر المصنف) الى ان هذا الاستيلاء مضمون لكونه عادياً وجميع ما ينقص فيه مضمون وللصنعة في حد ذاتها قيمة وان كانت محرمة في نظر الشارع وقد عرفت انه لايتصور العدوان بازالة المحرم ورفع المنكر وان قلنا بجواز اتخاذها كان كما لو اتلف حليا فانه لا اشكال حينئذ في ضمان الزائد بالصنعة فيه هذا (وربما) قيل بانه يلزم المصنف مثل ذلك في آلات اللهو ويمكن الفرق بالتفاوت في التحريم فانه هناك اغلظ بخلاف الانية (قوله) ﴿فان اوجبناه ففي التضمين اشكال ينشأ من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع﴾ اي ان اوجبنا ضمان الصنعة ففي تضمين الانية بمثل جوهرها اشكال لوجوب الزيادة في مقابلة الصنعة فيجيء احتمال ثبوت الربا وعدمه نظرا الى التردد في عمومه المعاوضات او اختصاصه بالبيع (قلت) هذا الاشكال جار في الصنعة المحللة اذا زادت بها القيمة كالحلي (والذي) في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة في موضع منها ان الاصل اي النقرة تضمن بالمثل والصنعة بالقيمه اي اجرة مثل تلك الصنعة وفيها جميعا ماعدا الارشاد انه لاربا لتغايرهما ولهذا تضمن لو ازيلت مع بقاء العين ويصح الاستيجار عليها وفي الدروس انه يشكل بعموم الربا وقال في المسالك يشكل بانه لم يخرج بالصنعة عن اصله مع تصريحهم في باب الربا بانه لافرق بين المصوغ وغيره من المنع من المعاوضة عليه بزيادة وانا نمنع من بقائه مثليا بعد الصنعة لان اجزائه ليست متفقة القيمة اذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متصلة ثم قال ان ضمانها بالقيمة اظهر وقد قربه في موضع من التذكرة واحتمله مولانا الاردبيلي واحتمل في الدروس ضمانها بمثلها مصوغة ان امكن المماثلة كالنقدين وهو بعيد وظاهرهم الاتفاق على عدم سقوط ضمانها (وقضية) قوله في الدروس يشكل بعموم الربا ان قضية كلام المبسوط وما ذكر بعده اختصاصه بالبيع وهو كذلك وهو الذي حكيناه عن هذه الكتب في باب الربا لكن هؤلاء لا يحتاجون الى التعليل بالتغاير بل الاستناد اليه يغاير كلامهم في باب الربا ومافهمه

ولو اتخذ من السمسم الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم وبالشيرج والكسب والارش ان نقصت قيمته او بالشيرج والناقص من السمسم ولو تعذر المثل الا باكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا « متن »

في الدروس خلاف مافهمه منهم في المسالك حيث قال وان عممناه قيل كان الحكم كذلك وكانه لحظ التعليل هذا (ولو) تلفت الصنعة فقط فانه يضمنها ولا جبر في كون ضمانها من جنس جوهر الاناء لانتفاء الربا هنا (قوله) ﴿ ولو اتخذ من السمسم الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم ﴾ هذا الفرع لم نجده في غير هذا الكتاب وبه اعترف ايضا في جامع المقاصد وقد خيره المصنف بين ثلثة امور (الاول) ان يطالبه بالسمسم لان عينه بمنزلة التالف فيرجع الى المثل (قوله) ﴿ وبالشيرج والكسب والارش ان نقصت قيمته ﴾ هذا هو (الثاني) ووجهه انه مال المالك وان تغيرت صورته وصفاته لكن ان نقصت القيمة عن قيمة السمسم ضمن الارش لان النقصان بفعل الغاصب (قوله) ﴿ او بالشيرج والناقص من السمسم ﴾ هذا هو (الثالث) وظاهره انه يطالبه بالشيرج والناقص من نفس السمسم فياخذ مثل مانقص بان ينسب الشيرج الى عين السمسم وفي جامع المقاصد انه بعيد ولا يكاد يتحصل له معنى لانه لايعرف نسبة الشيرج الى عين السمسم فاستظهر ان المراد الناقص من قيمة السمسم قال ووجهه ان الكسب اقرب الى التلف لانه ثفل الشيرج وقال ماذكره المصنف في هذه المسئلة لايستقيم لانه ان بقي المال بعد تغير صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له اختيار في المطالبة بالبدل وان خرج بالفعل المذكور لم يكن له اخذه باختياره مع ان تصرف الغاصب لايخرج العين عن ملك المالك باي وجه كان على الاصح ولا وجه لما ذكره هنا وينبغي التثبت في تامله الى ان يظهر الصواب انتهى (قوله) ﴿ ولو تعذر المثل الا باكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر ﴾ كما قال في التذكرة والاقرب الوجوب كما في التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد لصدق القدرة على المثل لانه كالعين وردها واجب وان لزم في مؤنته اضعاف قيمته والضرر لايزال بالضرر والغاصب يؤخذ بالاشق (ووجه) الوجه الاخر ان الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدي وانه يمكن معاندة البائع وطلب اضعاف قيمة المثل وهو ضرر وضمان لاكثر من القيمة اذ لافرق بين اخذ المالك لها اي للزيادة واخذ البائع وانه لو خاف اللص على الزائد لم يجب المثل فكيف نوجبه هنا (١) وفرق بينهما بافتراق العوض والثواب ومنام ان اللص حيث ياخذ الزائد يكون العوض عليه واذا اشترى بالاكثر يكون الزائد على الله تعالى لانه فعل ممتثلا لامره (وفيه) ان الاخر ايضا يرجع بالاخرة الى الله تعالى ويمكن الفرق بالمهنة وعدمها كما في ماء الوضوء ان كانت مسئلة اللص مسلمة والا فالنزاع فيها جار ايضا (قوله) ﴿ ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا ﴾ هذا معنى ما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان وكذا المسالك والكفاية والايضاح وفي الخلاف والغنية انه عليه القيمة وان مالك العين اذا اخذها اي القيمة ملكها بلا خلاف وظاهرهما نفيه بين المسلمين وقد ذكر ان ضمان القيمة للحيلولة في المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة والمسالك وظاهر هذه الكتب ان ذلك مجمع عليه ايضا وانهم لياخذونه مسلما كما تقدم ويأتي ومن تتبع كلامهم في المسئلة وحاول جمعه جميعه وضم بعضه الى بعض كان حاصله انه اذا تعذر عادة رد العين على الغاصب عند طلب المالك لها وجب على الغاصب ان يدفع البدل مثلا اوقيمة فان رضي المالك بالبدل على وجه المعاوضة ملكه ملكا مستقرا لايزول بالقدرة على العين بعد ذلك وان اخذه على وجه البدلية لمكان الحيلولة لا المعاوضة ملكه ونمائه المنفصل له لكن متى عادت العين كان لكل منهما الرجوع في ماله فيجبر الاخر على رد ما بيده سواء في ذلك الغاصب والمالك بل لايجوز للمالك امساك

(١) معناه انه اذا لم يمكنه اللص من ايصال المثل الى المالك الا بازيد من ثمنه على حينئذ المثل « منه »

وللغاصب حبس العبد الى ان يرد القيمة عليه عَلَى اشكال «متن»

القيمة وغرامة مثلها لكن سياتي لولد المصنف ان الاولى ان لايجبر المالك عَلَى اعادة البدل والمصنف الاستشكال في ذلك وقضية كلامهما انه لا يجبر ايضا على غرامة مثله ولا قيمته واما العين المضمونة فهي باقية عَلَى ملك مالكها مطلقا ونماؤها له متصلا ومنفصلا وانما ملك العوض للحيلولة بينه و بين ملكه لكونه عوضا حتى لو اتفقا عَلَى ترك التراد فلا بد من بيع ونحوه ليملك الغاصب العين وهذا خلاصة ماذكره في مواضع من التذكرة وغيرها وظاهرها (اي التذكرة ح) ان ذلك كله محل وفاق حيث لم ينسب فيها الخلاف الا الى ابي حنيفة في بعض هذه الاحكام كما ستعرف وقد سمعت ماحكيناه عن الخلاف والغنية وما استظهرناه منهما ومن غيرهما بل نسب كل ذلك في المسالك وكذا الكفاية الى اطلاق الاصحاب و بعد ذلك فهذا كله موافق لقواعد الباب واصول المذهب لانه اذا لم يملك المغصوب منه القيمة كانت محض ضرر عليه والغرض المحافظة عَلَى وصول ملكه او بدله اليه عَلَى الفور و بقاء العين عَلَى ملك المالك لامتناع كون الملك لا مالك له ولا ناقل الى الغاصب وستعرف معنى الحيلولة ولم نجد من تامل في ذلك قبل المصنف وولده فيما ياتي في خصوص ماعرفت وقبل المحقق الثاني والشهيد الثاني في اصل المسئلة قال الاول ان هنا اشكالا فانه كيف تجب القيمة و يملكها بالاخذ و يبقى العبد على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لايكاد يتضح معناه وقد اخذه الشهيد الثاني فابرزه بعنوان اخر قال لايخلو ذلك من اشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض عَلَى ملك المالك من دون دليل واضح ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا وتوقف تملك المغصوب منه للبدل عَلَى الياس من العين وان جاز له التصرف كان وجها في المسئلة وقد حكاه عنه صاحب الكفاية مستحسنا له (قلت) قد عرفت ان وجوب القيمة وتملكها بالاخذ لاخلاف فيه بين المسلمين كما ان الظاهر ان الضمان للحيلولة كذلك كما ان بقاء العين عَلَى ملك المالك وعدم دخولها بعد بذل العوض في ملك الغاصب لاخلاف فيه الا من ابي حنيفة وهذه الثلاثة تقضي بان الجمع بين العوض والمعوض انما يمتنع اذا كانا في يده وتحت تصرفه وكان احدهما في مقابلة الاخر واما اذا كان احدهما خارجًا عن يده وتصرفه ظلما وعدوانا وقد اخذ ذلك العوض عوضا عن مظلمته التي يجب عليه ردها عليه فورا وجبرا عما فاته من منفعته ولم يكن في مقابلة نفس العين المغصوبة فلا مانع منه عقلا وشرعا بل هما حاكمان بذلك فهذا معنى جعلها في مقابلة الحيلولة فقد اتضح معناه وعلم مبناه وانه الاجماع كما عرفت (وما) في المسالك من ان الغاصب يملك العين ملكا متزلزلا خرق للاجماع البسيط والمركب وذلك لان اصحابنا متفقون عَلَى انه لايملك والقائل من العامة بانه يملكه يقول بانه يملكه مستقرا اذا حكم الحاكم بقيمة المغصوب اوقامت بها البينة واما اذا اخبره الغاصب بقيمته وكانت اقل من قيمته واقعا فانه يملكه ملكا متزلزلا فقول المسالك خرق لاجماعنا البسيط واجماعهم المركب نعم ملك المالك للقيمة متزلزل كما قضت به كلمات جماعة وصرحت به عبارات اخرين كالمصنف في التذكرة والكركي في جامع المقاصد والمخالف فخر الاسلام في الايضاح والمصنف استشكل ذلك كله كما ياتي (وليعلم) انه يجب عَلَى الغاصب دفع البدل فورا اذا طلبه المالك و يكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العين عَلَى الفور ولا اشكال في شيء من ذلك وانما الاشكال فيما اذا كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلا فهل يجب دفع البدل قال في جامع المقاصد فيما ياتي ان اطلاق كلامهم يقتضي الوجوب و يناسبه ان الغاصب مواخذ بالاشق قال ولم اقف عَلَى تصريح بنفي واثبات (قلت) الظاهر من كلامهم كما سمعته ان المتمكن بعد يوم او يومين اوثلثة غير متعذر عليه الرد عادة فلا يجب عليه دفع البدل فتامل وتمام الكلام في المسئلة واطرافها عند تعرض المصنف لها فيما ياتي (قوله) ﴿ وللغاصب حبس العبد الى ان يرد القيمة عليه عَلَى اشكال ﴾ الاقرب انه ليس له ذلك كما في التذكرة وهو الاولى كما في الايضاح والاصح كما في جامع المقاصد لان دفع القيمة لم يكن عَلَى سبيل المعاوضة حقيقة وقد كان تسليم العبد واجبا

فان تلف العبد محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الاولى ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم احد الاصلين نظر « متن »

فورا فيستصحب ولا يجوز حبس مال في مقابلة مال اخر قد حبسه مالك المال ظلما لان من ظلم لا يظلم وجزم في التحرير بان له ذلك لانه قد دفعها عوضا فله حبس المعوض الى ان يقبض العوض كسائر المعاوضات ومن ذلك يعرف الوجه في استشكال المصنف ومحل الفرض ما اذا لم يعلم انه لا يردها عليه والافله المقاصة (قوله) ﴿فان تلف العبد محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الاولى﴾ هذا مبني على جواز الحبس كما هو الظاهر من سوق العبارة ومما سلف له من اختيار ان الواجب اعلا القيم اذ لو لم يكن مبنيا على جواز الحبس ماعدل عن مختاره وهو الذي فهمه ولده في الايضاح وصاحب جامع المقاصد (ووجه) القرب ان حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس الى ان يقبض ما دفعه للحيلولة وهذه اليد غير الاولى لكونها مستحقة ولوجوب رد المالك القيمة الاولى فاذا تلف ضمن بقيمته يوم التلف فيسترجع القيمة الاولى وكان حقه ان يقول يسترجع الزائد كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد وحاصله ان العين لما كانت باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب وقد خرجت عن كونها غصبا بجواز الحبس الى ان يقبض القيمة وجبت قيمة يوم التلف كما هو ظاهر ومنه يعلم حال مافي الايضاح وكنز الفوائد (قال في الاول) في وجه القرب ان حكم الغصب قد زال برد القيمة وهذه اليد غير الاولى الى اخر ماذكر ولا ريب انه اراد برد القيمة وجوب رد المالك لها الذي جاز حبس العين في مقابلته وان كان ظاهر العبارة خلاف ذلك لانه لا يجوز ان يراد برد القيمة دفع الغاصب لها لمكان الحيلولة لان ذلك لا يزول به حكم الغصب وقال في وجه العدم انه انما يستحق رد الاولى بدفع العين ولم يحصل والحصول في يد الغاصب لا يؤثر في زوال ملكية المالك للقيمة التي في يده لان يد الغاصب موجبة للضمان فيستقر ملك المالك على القيمة الاولى ان كانت اكثر قال وهو الاقوى عندي (وفيه) انه اذا كان مبنى المسئلة على جواز الحبس كان حكم الغصب زائلا وكانت ملكية المالك للقيمة زائلة لوجوب ردها عليه فلم تكن يد الغاصب موجبة للضمان اصلا كما هو الاصل (وقال) السيد العميد على ماحكي عنه هذا انما يتمشى على وجوب قيمة يوم التلف اما لو اوجبنا له الاكثر كان له الاكثر من القيمتين الاولى والثانية وكانه لم يبنه على جواز الحبس الظاهر من كلامه كما عرفت او بناه ولم يلتفت الى ماترتب عليه وقد حكاه برمته عنه في جامع المقاصد ثم وجهه له بانه ان كان الاقل هو القيمة الاولى فانه قد دفعها عوضا عن العين باستحقاق فلا يجب ماسواها وان كان الاقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف لان الاولى للحيلولة وقد زالت بجواز الحبس ثم قال وفيه نظر لان المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين قطعا ولهذا لا تخرج العين بذلك عن ملك المالك ولا يستقر ملكه على المدفوع انتهى ولعل الاقل في كلامه من طغيان القلم اراد ان يثبت الاكثر فاثبت الاقل كما هو الموجود في ثلاث نسخ وعلى تقدير الاكثر لم يكن السيد العميد بنى ذلك على ماذكر بل بناه على ان الواجب في كل مغصوب اذا تلف اعلا القيم من دون التفات الى دفعها عوضا او استحقاقها بالتلف فليلحظ ذلك كله (قوله) ﴿ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم احد الاصلين نظر﴾ اذا اتى الغاصب بالعبد وبه عيب العور مثلا وهو حي فادعى الغاصب سبقه على الغصب وادعى المالك سبق الغصب عليه تعارض الاصلان وكذلك الحال فيما اذا كان العبد قد مات اوخفي خبره ولا كذلك لو كان قد مات اوخفي خبره وادعى الغاصب ان به عيب العور مثلا وانكر ذلك المالك بالكلية كما ستعرف (فعلى الفرض الاول) يتعارض الاصلان كأن يقال العور حادث والاصل تاخره عن الغصب والغصب حادث والاصل تاخره عن العيب وايضا الاصل عدم حدوث مايوجب هذا العيب بعد الغصب معارض باصل عدم حدوث مايوجبه قبل الغصب ويعضد الاول اصل البرائة ويعضد الثاني اصل السلامة وهو بمعنى الغالب الراجح

وبمعنى القاعدة لان الشارع ارسى قواعد شرعه عَلَى السلامة وليس احدهما واردا عَلَى الاخر ولا ناقلا عنه بل كما ان الاصل في بني ادم السلامة كذلك الاصل في بني ادم عدم شغل الذمة فينبغي ان يفزع في الترجيح الى القوة ولا ريب ان اصل البرائة اقوى لانه قد دل عليه العقل والنقل واصل السلامة بمعنيه كالاصل في الاستعمال الحقيقة منشائه الظن والرجحان والغلبة فيقدم قول الغاصب كما هو خيرة المبسوط والسرائر وظاهر المختلف او صريحه (وبما) ذكر يعلم حال ماقاله في جامع المقاصد والمسالك في وجه النظر قال ينشأ من تعارضهما فان الاصل برائة الذمة من ارش ذلك والاصل السلامة في العبد الى حين اثبات اليد فتعارضا اوجب التردد ثم قال لا يخفى ان التعارض غير واضح لان اصل السلامة من العيب يقتضي شغل ذمة الغاصب بضمان جميع العبد ومع ذلك لا يبقى اصل البرائة لوجود الناقل عنه ولان الاصل عدم تقدم العيب وهو معنى ما اجمله في الايضاح وانت اذا لحظت ماحررناه عرفت ان في كلامهم نظرا من وجوه (وتحرير المسئلة) ان يقال انه لما خلق تاما كامل هو المفروض في كلامهم حيث يمثلون بالعور ولم يمثلوا بالكمه كان التمسك باصل السلامة تمسكا باستصحابه فمعناه انا نستصحب السلامة الى حال رؤيته وقد رايناه في يد الغاصب اعور فيكون مضمونا عليه والعيب حدث بعد الغصب مضافا الى انه حادث والاصل تاخره وعدم حدوث مايوجبه قبل الغصب (واما) التمسك باصل البرائة فيكون باستصحابه و به نفسه فمعنى التمسك باستصحابه ان يقال خلق هذا الغاصب وذمته بريئة من هذا العيب فيستصحب الى حال رؤيته وذلك يقضي بانه حدث قبل الغصب مضافا الى ان الغصب حادث والاصل تاخره وعدم حدوث مايوجب هذا العيب بعد الغصب فكانت الاصول الستة متعارضة ففزعنا الى الترجيح المتقدم (وقولهم) ان اصل البرائة متاخر عن اصل السلامة ومقطوع به غير صحيح عَلَى هذا التحرير نعم لو تمسكنا به نفسه الا ان وقلنا الراجح الغالب البرائة لا بمعنى استصحابه تم ماذكروه وهو الذي اوقعهم في هذا الوهم و يرشد الى ذلك موافقتهم لنا فيما اذا كان العيب الحادث الذي يدعيه الغاصب اصلا في الخلقة كأن ادعى انه اكمه اوولد اعرج او بلا يد فانهم قالوا لا يتم الاصل الا بمعنى الغالب فان السلامة في الخلقة غالبة راجحة ومعارضة باصالة برائة الذمة من ذلك فيقدم قول الغاصب من ذلك وهذا كما ترى يشهد لما قلناه كما هو واضح لمن تامل والاعجب من ذلك ان المحقق في الشرائع لم يحرر ذلك كما ستسمع (ولا ريب) انه اذا علم تاريخ احدهما وشك في الاخر كان الاصل تاخره واما الاقتران فلم نجدهم يلتفتون اليه اصلا والوجه في ذلك انه نادر جدا والاصل عدمه (وكيف كان) فقد اختير تقديم قول المالك فيما نحن فيه في الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح وجامع المقاصد والمسالك بل في الاخير انه المشهور ولا ترجيح في التذكرة ولعل ظاهر جامع المقاصد ان المسئلة هنا مفروضة فيما اذا اتى به حيا وكلام الايضاح قابل للحي والميت وقد عرفت ان الاصول والقواعد تقضي بعدم الفرق بين الحي والميت اذا اتفقا عَلَى وجود العيب واختلفا في تقدمه عَلَى الغصب وتأخره عنه (ويأتي للمصنف) في اخر الباب عبارتان (احداهما) لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور قدم قول المالك وقد حمله في جامع المقاصد عَلَى ما اذا كان الاختلاف بعد موت العبد وناقشه بانه رجوع عن التردد الى الجزم يعني انه تردد هنا وجزم به هناك وهذا يقضي بان ماهنا محمول عَلَى صورة الاختلاف بعد الموت لكن يسهله ان المسئلتين عنده من واد واحد كما قلناه (والثانية) قوله ايضا بعد ذلك لو ادعى تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه اشكال وهو نص فيما اذا كان الاختلاف حال حيوة العبد (والاصل) في ذلك ان الشيخ في المبسوط فرق قال اذا غصب عبدا فرده وهو اعور فقال سيده عور عندك وقال الغاصب بل عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم فان اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيده انه ما اعور والفصل بينهما انه اذا مات ودفن فالاصل السلامة حتى يعرف عيبا فكان القول قول السيد وليس كذلك اذا كان حيا لان العور مشاهد موجود انتهى (وقال) في السرائر فان غصب عبد افرده وهو اعور واختلفا فقال سيده عور عندك وقال الغاصب بل عندك قدم قول الغاصب لانه غارم

والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد عَلَى راي فان تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد وان اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به وان اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربوا (المطلب الثاني) في الاحكام وفصوله ثلثة (الاول) في النقصان ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين عَلَى صفاتها «متن»

وقال بعض اصحابنا فان اختلفا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيده انه ما كان اعور والذي يقوى عندي ان القول قول الغاصب لانه غارم في المسئلتين والاصل برائة الذمة وهذا الذي ذكره بعض اصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين والذي تقتضيه اصول المذهب ماذكرناه انتهى (والظاهر) من كلام الشيخ والشهيد في الدروس بل وابن ادريس ان الشيخ فرض مسئلة الموت فيما اذا انكر المالك العور مطلقا وهو الذي استظهره من كلام المختلف بل كلام الشيخ لانه كالصريح في ذلك حيث قال القول قول سيده انه ما اعور وهو الذي نبه عليه المصنف في اواخر الكتاب حيث فرق بين المسئلتين فجزم في مسئلة الموت بان القول قول المالك واستشكل في مسئلة الحيوة هنا وهناك لمكان تعارض الاصلين فلم يكن رجع عن التردد الى الجزم والمحقق الثاني بل والاول لم يحرر اكلام الشيخ والجماعة فظنا ان المسئلتين مفروضتان فيما اذا اتفقا عَلَى وجود العيب واختلفا في تقدمه وتاخره وقد عرفت ان الظاهر انه ليس كذلك وان كان يتوهم في اول وهلة من كلام المبسوط بل والسرائر ذلك والا فما كان المصنف في اخر الكتاب والشهيد في الدروس ليستشكلا في مسئلة الحيوة ويختارا تقديم قول المالك في مسئلة الموت من دون تقادم عهد ومثل ذلك ما في التحرير وقد سمعت ما في المختلف (والوجه) في ذلك ظاهر لان المالك اذا انكر العيب بالكلية وادعاه الغاصب فالاصل عدمه والاصل السلامة منه فلا محالة لاصل البرائة لانهما حاكمان عليه ناقلان عنه وان ظن ابن ادريس انه مقدم عليهما لقوته واحتمله غيره لكنه خطأ لان ذلك حيث يتعارضان وهنا لا تعارض وانما فرض ذلك في صورة الموت لانه في صورة الحيوة يظهر الحال بالمشاهدة وتعارض الاصول ومعرفة الوارد والناقل مما يدق فلذلك وقع لهؤلاء الاجلاء ما سمعت (قوله) ﴿ والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد عَلَى راي ﴾ موافق للسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد لعموم المثل في المثلي وقال الشيخ في المبسوط يضمنان بنقد البلد وقد عدهما قبل ذلك من اقسام القيمي فيراعى التفصيل الآتي والجماعة لا يعتبرونه الا بعد تعذر المثل (قوله) ﴿ فان تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد وان اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به وان اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربوا ﴾ ونحوه ما في الشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد اما مع الاختلاف في الجنس فلانتفاء الربوا مع اختلافه واما مع الاتفاق فيه وفي الوزن فلانتفاء المحذور كما هو ظاهر كالثالث لكنه ان رضي فيه بالمساوي فلا باس (قوله) ﴿ المطلب الثاني في الاحكام وفصوله ثلثه الاول في النقصان ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين عَلَى صفاتها ﴾ فلا يضمن زيادة القيمة السوقية بلا خلاف كما في المبسوط وظاهره نفيه بين المسلمين واجماعا كما في المختلف والروضة وهو (اي الاجماع ح) ظاهر الخلاف حيث قصر الخلاف عَلَى ابي ثور وظاهر التذكرة حيث نسبه الى جمهور العلماء وقصر الخلاف عَلَى ابي ثور وقال ان بعض الشافعية وافقه وظاهر المسالك حيث نسبه الى اكثر اهل العلم وقصر الخلاف عَلَى شذوذ من العامة وبه طفحت عباراتهم في المقام حتى ممن لا يعمل الا بالقطعيات بل في مقامات اخر ياخذونه مسلما فالاجماع محصل لا ريب فيه معتضد بالاصل والاعتبار لان الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب فان عينه موجودة والواجب ردها فكان عموم خبر الضرر مخصصا بذلك ولعل الاستاذ قدس الله تعالى روحه ما اطلع عَلَى ذلك كله والا لما مال الى الضمان مترددا

فلو ساوى يوم الغصب عشرة و يوم الرد واحدا فلا شيء عليه فان تلف وجبت العشرة ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الاصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف اقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي ولو عادت قيمته بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولا يغرم مانقص بالسوق من الباقي ولو كانت القيمة عشرة فابلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفع (ارتفعت خ ل) السوق فبلغت مع الابلاء عشرة احتمل رده مع العشرة لان التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف كله ثم زادت القيمة وهو اقوى ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الارش « متن »

في الاجماع ومحتملا كون المراد منه غير معناه المصطلح وهو منه غريب لان هذا الاحتمال جار في جميع الاجماعات المنقولة بل في نفي الخلاف بلاغ لكونه حجة ظنية عندنا (قوله) ﴿ فلو ساوى يوم الغصب عشرة ويوم الرد واحدا فلا شيء عليه ﴾ الوجه فيه ظاهر (قوله) ﴿ فان تلف وجبت العشرة ﴾ بناء على مااختاره المصنف من ان الواجب اعلى القيم مع التلف (قوله) ﴿ ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الاصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف اقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي ﴾ يريد انه اذا صار الثوب مثلا الذي كانت قيمته يوم الغصب عشرة يساوي بحسب السوق درهما واحدا ثم تلف بعضه يعني نصفه فانه يضمنه على مختار المصنف بخمسة دراهم وهو نصف اقصى القيمة فيرده ويرد الباقي من العين (قوله) ﴿ ولو عادت قيمته بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولا يغرم مانقص بالسوق من الباقي ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ومراده انه اذا لبس الثوب الذي قيمته يوم غصبه عشرة دراهم وابلاه حتى عادت قيمته الى خمسة فيكون نقصه قدر النصف باعتبار الفائت من العين والصفات ثم انخفض فعادت قيمة المغصوب كله والباقي بعد الابلاء الى درهم فاللازم قيمة التالف فانه كانت تساوي قيمته عند التلف خمسة واما الباقي فيجب رده لاضمان مانقص بالسوق (قوله) ﴿ ولو كانت القيمة عشرة فابلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفع السوق فبلغت مع الابلاء عشرة احتمل رده مع العشرة لان التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ﴾ اي فيغرم قيمة عشرة للتالف وهو قول بعض الشافعية وقد قال في التذكرة انه غلط وفي جامع المقاصد ان ضعفه ظاهر لان زيادة السوق بعد التلف لا اثر لها واحتمال كونه كالباقي لبقاء الاصل خيال واه (قوله) ﴿ ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف كله ثم زادت القيمة وهو اقوى ﴾ وهو الحق كما في الايضاح والاوجه والاصح كما في جامع المقاصد وبه جزم في التذكرة وهو قول جماعة من الشافعية (قوله) ﴿ ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الارش ﴾ يريد انه اذا غصب شيئاً ثم غيره عن صفته التي هو عليها مثل ان كان نقرة فضربها دراهم او حنطة فطحنها او دقيقا فعجنه او ثوبا فقطعه لم يملكه اجماعا كما في التذكرة في موضع منها والمسالك وظاهر التذكرة في موضع اخر حيث نسبه الى علمائنا وظاهر السرائر في مسئلة غصب الحب والبيض في موضع منها وانما خالف فيه ابو حنيفة وبالحكم صرح في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان بل يرده مع الارش ان نقص عند علمائنا كما في التذكرة وبلا خلاف كما حكي عنها (وحكى) في الخلاف عن ابي حنيفة انه اذا غير الغصب تغييرا ازال به الاسم والمنفعة المقصودة وكان ذلك بفعله ملكه (وحكى) ابن جريز عن ابي حنيفة انه لو دخل لص دكان رجل فوجد بغلا وطعاما ورحى فصمد

ولو كان العيب غير مستقر كما لو بل الحنطة حتى تعفنت او اتخذ منها هريسة اومن التمر والسمن حلواء فان مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالاقوى رد العين مع الارش « متن »

البغل وطحن الطعام ملك الدقيق فان انتبه صاحب الدكان كان للص قتاله عن دقيقه فان اتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص (ودليل) ماعليه الاصحاب واضح وهو ان الاصل عدم خروج الملك عن مالكه والاصل بقائه على ملكه حتى يعلم المزيل والغصب والتصرف لم يثبت ايجابهما لذلك بل هما موجبان للضمان ومن البعيد عن محاسن الشرع كونهما موجبين للملك لمكان الضرر القبيح عقلا ونقلا وهذا الدليل جار في نماء الملك كله فاذا غصب بيضة وفرخت كان للمالك البيضة وكذلك الزرع في غاصب الحب فقول الشيخ انهما للغاصب كما ياتي كقول ابي حنيفة هنا وقد جعل المسئلتين في السرائر من سنخ واحد ولا يصح الاستشهاد بنطفة الفحل للشيخ و ياتي تمام الكلام في اول الفصل الثاني (قوله) ﴿ ولو كان العيب غير مستقر كما لو بل الحنطة حتى تعفنت او اتخذ منها هريسة اومن التمر والسمن حلوا فان مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالاقوى رد العين مع الارش ﴾ لو غصب عينا فتعيبت عيبا غير مستقر نقصه كأن نقصت نقصا له سراية ولا يزال يزداد الى الهلاك كما لو بل الحنطة فتمكن العفن منها او اتخذها هريسة فقد قال الشيخ في المبسوط الاقوى انه كالمستهلك ومعناه ان الغاصب يضمن المثل ان كان مثليا والا فالقيمة وقضيته ان الحنطة المبلولة تكون للغاصب لانه الحقه بالهالك في حق المالك ولو هلك لم يكن للمالك غيرما اخذه ضمانا فكذا هنا ويحتمل ان يكون للمالك لئلا يكون العدوان نافعا كالو نحبس زيته فان المالك اولى به واختير في التذكرة والمختلف والارشاد والايضاح ومجمع البرهان وجامع المقاصد ان المالك ياخذه وياخذ ارشه وقت الدفع ثم كل ماتجدد نقص في المستقبل رجع بارشه حتى يستقر النقص وفي الاخير التقييد بما اذا لم يتمكن المالك من العلاج فان تمكن بسهولة ففيه تردد (قلت) اذا كان المفروض ان العيب سار لايزال يزداد الى الهلاك كما فرض ذلك في التذكرة وهو ظاهر غيرها كان ارشه وقت الدفع تمام القيمة وهو عود الى قول الشيخ وكذا الحال لو ضمن ارش عيب سار وقولهم انه يضمن في كل يوم ارش نقصه ففي اليوم الاول يضمن درهما وفي اليوم الثاني نصف درهم مثلا وهكذا الى ان يتلف فيضمن التالف بقيمته ففيه ان هذا لايكاد ينضبط ولا يعلم مقدار نقصه والاحكام لاتناط بمثل ذلك الامع المسامحة والمصنف هنا استشكل في ضمان النقص المتجدد كما ستسمع (حجة الشيخ) انه مشرف على التلف ولو ترك بحاله لفسد فهو كأنه تالف وفي جامع المقاصد ان ضعفه ظاهر اذ ليس بتالف وان كان قد يؤل الى التلف ثم انه بعد ذلك احتمله قال ويحتمل دفعه الى الغاصب واخذ البدل لانه بمنزلة التالف وهذا قول الشيخ في احد الاحتمالين كما تقدم وقد قال في التذكرة انه اظهر اقوال الشافعية (قلت) ويعضده ما استمرت عليه طريقة الناس في معاملاتهم فانهم يعدون الحنطة التي تمكن منها العفن تالفة لايعرج عليها احد فلم يكن ضعفه بتلك المكانة من الظهور على انه قد يعود اليه بالاخرة ما اختاروه او يلزم ان يحصل للمالك مثل كيله وزيادة فتامل جيدا (ووجه) رد العين مع الارش انه باق على ملك المالك اذ لايخرج المملوك باحداث حدث فيه عن الملك فيجب رده على مالكه وضمان ما نقص بالجناية وهو جيد ان كان العيب مستقرا ولم يكن الباقي في حكم التالف فتامل (ووجه) ضمان النقص المتجدد انه مستند الى فعل الغاصب ووجود السبب كوجود المسبب فكلما نقص شيئا ضمنه فيكون كسراية الجناية (ووجه) ما في جامع المقاصد من التقييد ما قاله من انا نفرق بينه و بين سراية الجناية بان دفع سرايتها غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شد الفصد وترك علاج الجرح فلا يكون مضمونا انتهى (قلت) لو جرحه فترك المداواة فمات ضمنه بلا خلاف اجده فان السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح وهذا الذي نحن فيه مثله واما لو فصده الفصاد مداواة لمرضه بامر الطبيب فترك شده او ترك كل منهما شده حتى نزف الدم فمات فخيرة الشرائع

وكلما نقص شيئاً ضمنه عَلَى اشكال ينشأ من حصول البرائة بدفع العين وارش النقص فيجوز ان يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى ان يتلف ومن استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف احدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلثة ضمن سبعة وهي قيمة التالف مجتمعا ونقصان الباقي وكذا لو شق ثوبا نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف احدهما « متن »

والتحرير والارشاد والتلخيص انه لا ضمان عَلَى الفصاد والمصنف في باب القصاص استشكل من استناد الموت الى سراية الجرح فهو كغيره من الجراحات التي يهمل المجروح مداواتها (وكيف كان) فلا يصح التنظير بالفصد لانه لمصلحة المفصود ولا يصح جعل الجرح والفصد من واد واحد لما عرفته من الفرق بينهما (قوله) ﴿ وكلما نقص شيئاً ضمنه عَلَى اشكال ينشأ من حصول البرائة بدفع العين وارش النقص فيجوز ان يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى ان يتلف ومن استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب ﴾ (اما الوجه الثاني) من الاشكال فقد تقدم بيانه (واما الاول) فينشأ مما ذكره المصنف من حصول البراءة بدفع العين وارش النقص لانه الواجب وتمام الحق ان لا يجب غيره حينئذٍ فلا يجب شيء اخر بعد ذلك واعترض بان وجوبه حينئذٍ لا يقتضي كونه كال الحق الواجب وان كان كال الحق حينئذٍ لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعد فاذا حدث ضمنه لانه مستند الى جنايته وهو جيد (والظاهر) من قول المصنف فيجوز الخ كونه تتمة لهذا الوجه فيكون المعنى وان لم يبرء بذلك يلزم الضرر عَلَى الغاصب اذ يجوز ان يعانده المالك الى اخره ويحتمل ان يكون وجهاً براسه فيكون المعنى ولانه على تقدير الضمان يجوز ان يعانده فيحصل الضرر وهو منفي بالخبر والعبارة لاتفي بواحد من المعنيين و تصدير الجملة بالفاء صيرها في غاية البعد عن الربط كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد وقال منع بطلان لزوم الضرر على الغاصب وارد والحديث لا يدفعه فان الضرر لا يزال بالضرر والغاصب مأخوذ بالاشق (قوله) ﴿ ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف احدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلثة ضمن سبعة وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي ﴾ هذا معنى ما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية (ووجه) ضمان قيمة التالف مجتمعاً ان ذلك هو قيمته من حين الغصب الى حين التلف (ووجه) ضمان نقصان قيمة الاخر بالانفراد فلحصوله بسبب التفريق المستند اليه لانه قد فوت صفة الاجتماع في يده وقال في اللمعة انه يضمن قيمة التالف مجتمعاً وهذا يقضي بانه لا يلزمه الاخمسة (ولعل) وجهه انه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يلزمه كنقصها بتغير السعر (وفيه) ان نقص السعر لم يذهب من المغصوب عيناً ولا معنى وهنا فوت بجنايته معنى وهو امكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته فكان كما لو فك تركيب باب او شق ثوباً ينقصه الشق واتلف احد الشقين (قوله) ﴿ وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف احدهما ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وتتحقق المساواة في الحكم اذا كان احد النصفين انما يحصل به كمال النفع مع النصف الاخر كأن يكون جعله ثوباً انما يتحقق بهما لصغر النصف عن الاستقلال وعدم وجود مماثل له بثمنه ونحو ذلك فمع فقده يفوت هذا النفع فتنقص قيمة الاخر بذلك ولعل الباء في قوله بالشق سببية حتى يكون المعنى ان نقصان كل واحد منهما بواسطة التفرقة التي سببها الشق لانه عَلَى تقدير تلف احد النصفين من الثوب المشقوق لا حاجة الى نقصانهما بالشق بل لو كان النقصان بواسطة تلف احدهما من غير ان ينقصا بالشق فالحكم كذلك بل هو الموافق للمسئلة السابقة فان النقصان لو

اما لو غصب احدهما وحده ثم تلف او اتلف احدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة ويحتمل ضمان سبعه لانه اتلف احدهما وادخل (فادخل خل) النقص على الباقي بتعديه ويحتمل ثلثة لانه قيمة المتلف ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء ويجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية «متن»

استند الى الشق قبل التلف لكان ضمان النقص حاصلا وان ردهما ﴿فرع نافع﴾ قد طفحت عباراتهم ان حمار القاضي والشوكي لا يتفاوتان في قطع الذنب وقد قال في التذكرة لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة الى اربابه كما لو غصب حجة انسان بدين او ملك ان الاقرب ضمان التفاوت بالنسبة الى ربه ان غصبه منه وان غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة بل بما يساوي قيمته بالنسبة الى ذلك الغير اذ لا ريب ان قيمة تلك الحجة شيء يسير بالنسبة الى غير مالكها واما بالنسبة الى مالكها فانها تساوي اكثر وجعل الشان في الخاتم والنعل بالنسبة الى كبير الاصبع او الرجل وغيره كذلك وهو ينافي ما ذكره هو وغيره في حمار القاضي والشوكي لكن قال في الدروس ان مركوب القاضي كغيره وان صيره ابتر وكذا لو اتلف وثيقة بمال او خفا لا يصلح الا لواحد انتهى (قوله) ﴿ اما لو غصب احدهما وحده ثم تلف او اتلف احدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة ﴾ لان قيمته منضما الى صاحبه خمسة وقد اذهبه بهذه الصفة فيكون ضامناً للخمسة فكان كما لو اتلف رجل احدهما واخر الاخر فان كل واحد منهما يضمن خمسة وقد نفى عنه الباس في التذكرة وجزم به في الشرائع والمسالك (والفرق) بين هذه المسئلة حيث احتمل فيها ثلثة احتمالات وبين التي قبلها مع اشتراكهما في تلف احد الزوجين ونقصان الاخر ان التلف في الاولى تحقق بعد اثبات الغاصب يده على الزوجين معا فكان كل ما يحدث من نقصان في القيمة او في الصفات مضمونا عليه وهنا لم يثبت يده على الزوجين معا وانما غصب احدهما والاخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند اليه من غير ان يكون غاصبا فجاءت الاحتمالات الثلثة (قوله) ﴿ ويحتمل ضمان سبعة لانه اتلف احدهما وادخل النقص على الباقي ﴾ هذا قواه في الايضاح وجامع المقاصد وفي المسالك انه الاصح وهو الاظهر عند الشافعية وقد نفى عنه الباس في التذكرة ايضا لانه اتلف احدهما وادخل النقصان على الثاني بتسبيبه وتعديه فاشبه ما لو حلل اجزاء الباب او السرير فنقصت قيمته فانه يضمن النقصان ولم يذهب هنا سوى الجزء الصوري فعرفنا ان الجزء الصوري مضمون والجزء الصوري في زوجي الخف وشبهه قد اتلفه المتلف باتلاف احدهما فيكون ضامنا له كما يضمن الذي اتلفه منهما وقد تقدم ان الضمان يحصل بالتسبيب وان لم يكن هناك غصب وتردد فيه اي هذا الاحتمال في الشرائع والتحرير (قوله) ﴿ ويحتمل ثلثة لانه قيمة المتلف ﴾ لان تلفه في يده لم يكن الا حالة التفريق فاذا اعتبرنا قيمته يوم التلف ضمن الثلثة لانها قيمة الفرد الذي اتلفه (وفيه) انه لا منافاة بين الحكم بوجوب القيمة يوم التلف وضمان الزيادة خمسة كانت او سبعة لانا نوجب قيمته يوم التلف بسبب الغصب ان كان قد تلف وان كان اتلفه فبمباشرته ونوجب الزيادة بالسببية (او نقول) بالنسبة الى الخمسة ان قيمته منضما الى صاحبه خمسة وقد اتلفه على هذه الصفة كما تقدم (ولا باس) بذكر فرع ذكره في التذكرة قال لو اخذ احدهما على صورة السرقة وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع اجماعا لان الزائد انما ضمنه في ذمته بتفريقه بين الحصتين فكان كما لو ذبح شاة تساوي ربع دينار في الحرز ثم اخرجها وقيمتها اقل فانه لا يقطع فكذا هنا (قوله) ﴿ ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء ﴾ كما في التحرير والتذكرة اذا لم يفت من المال شيء كما في جامع المقاصد قال لكن جزاء فعله زيادة تعزيره واهانته ردعا وزجرا (قوله) ﴿ ويجب رد العين ما دامت باقية ﴾ كل من غصب شيئا وجب عليه رده على المالك سواء طالب المالك برده ام لا ما دامت العين باقية بلا خلاف كما في التذكرة ومراده نفيه بين المسلمين وقد حكي عليه الاجماع في الدروس والروضة بل في الاخير الاجماع على وجوبه على الفور بل كاد يكون وجوب الرد من ضروريات

فان تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فان عاد (عادت خ ل) فلكل منهما الرجوع وهل يجبر على اعادة البدل لو طلبه الغاصب اشكال لا على رد النماء المنفصل وعلى الغاصب الاجرة ان كان ذا اجرة من حين الغصب الى حين دفع البدل « متن »

الدين و به طفحت عباراتهم في ابواب الفقه بحيث لا يمكن احصائه بل قالوا انه يجب عليه الرد ولو ادى الى خراب ملك الغاصب كالساجة في البناء واللوح في السفينة بل لو ادى الى غرق السفينة والمال الذي فيها اذا كانا له اي الغاصب و يدل عليه قوله صلى الله عليه واله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وليعلم) انه حال الرد غاصب ظالم ضامن وهل يكون الرد حراما لانه تصرف في مال الغير فيكون واجبا حراما كما قاله جماعة فيمن ارتد عن فطرة حيث قالوا بتكليفه بما لا يطاق وفيمن اولج ذكره في فرج امراة زنا قالوا انه مامور بنزع فرجه و بعدمه وانه واجب وحرام وكذلك قالوا فيمن دخل دار قوم غصبا انه مكلف بالخروج وعدمه وكذلك الشان في تارك المقدمة حتى فات ذو المقدمة وهو معنى قوله تعالى ربنا لا تحملنا ما لا طاقة لنا به اي لا تخل بين انفسنا وسوء اختيارها حتى نكون نحن السبب في تكليفنا ما لا يطاق والا فانه جل شانه لا يكلف نفسا الا وسعها لكن نص المصنف والمحقق الثاني في اول الفصل الثالث انه فيما نحن فيه يزول التحريم لمكان الوجوب كما ياتي وهما ممن يختار قبول توبة المرتد الفطري والمقام محل اشكال (قوله) ﴿ فان تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله مسبغا محررا عند قوله ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة (قوله) ﴿ فان عاد فلكل منهما الرجوع ﴾ هذا ايضا قد تقدم الكلام فيه ومعنى الرجوع لكل منهما بقرينة ما بعده ان الغاصب يدفعها الى المالك فيرجع بها و يقبلها ولا يخفى ما في اطلاق الرجوع على دفع الغاصب والمتبادر من العبارة ان لكل منهما الرجوع في العين والبدل لكنه بعيد لانه سيذكر حكم البدل و يستشكل فيه باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب وهو ينافي جزمه هنا بذلك و يبعد جمع الجزم والتردد في مسئلة واحدة بغير فاصلة بل يقبح كذا قال في جامع المقاصد (وقد يقال) انه انما بين هنا انه يجوز للغاصب ان يرجع بالبدل وللمالك ان يرجع بالعين ردا على ابي حنيفة كما تقدم بيانه فوضع الجزم الجواز وموضع التردد وجوب الدفع على المالك (قوله) ﴿ وهل يجبر على اعادة البدل لو طلبه الغاصب اشكال ﴾ قد جزم في مسئلة ابق العبد بالتراد وتردد في ان للغاصب حبس العين الى ان ياخذ البدل وهنا استشكل في اجبار المالك على اعادة البدل من ثبوت ملكه والاصل بقائه (واستدل) ولده ايضا بانه لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصا في البدلية اذ قد لا يرغب المعاملون فيه وبان الاجبار ينافي البدلية اذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح ان يكون بدلا قهريا شرعا لما استقر عليه الملك ومن انه للحيلولة وقد زالت وفي جامع المقاصد لا وجه لعدم الرد اصلا (قلت) لان هذا الملك ثبت متزلزلا كما بيناه فيما سلف لدفع المظلمة على طريق القهر لمكان الحيلولة وقد زالت (وان قلنا) انه ثبت على جهة البدلية وما كان ليكون لانك قد سمعت فيما سلف تصريح الاجلاء الكبار بانه لمكان الحيلولة وان الظاهر منهم الاجماع (قلنا) اذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب اليه لامتناع زوال البدلية وعدم رجوع كل من البدل والمبدل الى مالكه واذا لم يكن ثبوته على جهة البدلية سقط دليلا الايضاح على انه فيما كتب على حاشيته انه ان خرج عن ملك المغصوب منه لم يعد اجماعا فلا مانع حينئذ من رغبة المعاملين فيه هذا وظاهر المصنف وولده انه لا يجبر على البدل ولا على غرامة مثله اوقيمته وقد يكون مرادهما انه لا يجبر على رد عينه فقط فليتامل فيه (قوله) ﴿ لا على رد النماء المنفصل ﴾ كما صرح به كل من تعرض له كما تقدم ووجهه ظاهر لانه نماء ملك المالك لانه في وقت النماء كان مالكا للعين بخلاف المتصل فيجب رده مع العين من دون اخذ قيمته لانه جزء من العين (قوله) ﴿ وعلى الغاصب الاجرة ان كان ذا اجرة من حين الغصب الى دفع البدل ﴾ قد تقدم الكلام فيه مسبغا محررا

والنماء المتفصل فيما بينهما للمالك وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل ويضمن الاجرة وان لم ينتفع باجرة المثل عن عمل مطلق مدة الغصب ولو انتفع بالازيد ضمن الازيد وان انتفع بالانقص ضمن اجرة المطلق ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب اعلا القيم « متن »

في اخر الركن الثاني (قوله) ﴿والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك﴾ اي بين الغصب و بين دفع البدل وهو مما لا ريب فيه (قوله) ﴿وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال﴾ لا ريب فيه ايضا لانه نماء ملك المالك كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل﴾ ينشا من انه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان لانه قد تجدد بعد دفع القيمة و برائته من العين فاولى بان يبرأ من النماء ومن انه سبب تلفه على المالك وانه لو كان في يد الغاصب لضمنه وكلما يضمنه الغاصب باليد يضمنه اذا خرج المغصوب من يده لا الى المالك اومن يقوم مقامه وان الدفع انما كان للحيلولة وهو لا يقتضي البراءة والاصح استحقاق الرجوع به ايضا على الغاصب استصحابا لما كان الى ان يعلم المزيل كما في جامع المقاصد ولا ترجيح في الايضاح ولعله لانه يرى كما هو الظاهر منه ان الدفع ليس للحيلولة كما مر ولا ترجيح ايضا في التذكرة كما تقدم الكلام فيه عند التعرض للاجرة بعد الدفع (قوله) ﴿ويضمن الاجرة وان لم ينتفع باجرة المثل﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه عند قوله والمنافع المباحة مضمونة وانه مجمع عليه ولا خلاف فيه والجار متعلق بيضمن (وليعلم) انه لو كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة كأن كانت اجرة مثله حال الغصب تساوي عشرة مدة شهر ثم صارت في شهر اخر تساوي خمسة عشر وفي الثالث عشرين ضمن اجرة الشهر الاول عشرة والثاني خمسة عشر والثالث عشرين (واحتمل) ان يضمن في كل وقت من اوقات المدة باجرة مثلها في اول المدة فان كانت في الاول اقل ضمنها بالاقل وان كانت فيه اكثر ضمنها بالاكثر لانه لو كان المال في يده لامكن ان يكريه بها في جميع المدة والمعتمد الاول كما في التذكرة (قوله) ﴿عن عمل مطلق مدة الغصب﴾ يريد انه يضمن اجرة المثل عن عمل متوسط بين القلة والكثرة فمعنى المطلق المتوسط الذي لا يكون مقيدا بقيد القلة والكثرة وفي جامع المقاصد ان في فهم المتوسط من المطلق خفاء الا ان ماسيذكره في العبارة يرشد الى ذلك (قلت) قد عبر في الدروس عن القيمة المتوسطة بالمطلقة (ووجه) ضمانه ما عرفته فيما سلف من ان المتوسط هو الغالب فان ادءاب الاجير نفسه فوق المعتاد نادر كما ان الرضا بالتراخي ايضا نادر وقد تقدم ايضا (وجه الفرق) بين المنافع والعمل حيث وجب في الاولى اعلاها كما تقدم ايضا وفي العمل اجرة الاوسط من انه لا اولوية بالنسبة الى المنافع للقادر عليها فان كلا منهما ممكن منه على حد سواء بخلاف العمل فان في مراتبه تفاوتا و به صرح في جامع المقاصد (قوله) ﴿ولو انتفع بالازيد ضمن الازيد وان انتفع بالانقص ضمن اجرة المطلق﴾ كما في جامع المقاصد وقال في الدروس ولو استعمله بما له اجرة زائدة عن اجرة المثل المطلقة لزمه الزائد ولم يتعرض لما اذا انتفع بالانقص ولعله يفهم من كلامه (ووجه) ضمانه اجرة المطلق حينئذ ان الزائد على الانقص قد فات وهو محسوب على الغاصب (والوجه) في الاول ظاهر لانه قد استوفى الازيد فيجب بدله (قوله) ﴿ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب اعلا القيم﴾ كونه مضمونا على الغاصب بالقيمة مما لا ريب فيه وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان (واما) كون القيمة المضمونة اعلا القيم اوقيمة يوم التلف فكلام اخر وكل يبني على مايختار فالمصنف بنى على وجوب اعلا القيم (ووجه) ضمانه على الغاصب سواء فرط فيه ام لا انه مضمون عليه في حال الجناية بجملته وابعاضه فيضمن ما يحدث عليه بسببها

ولو جنى عَلَى الطرف فاقتص منه ضمن الغاصب الارش وهو ما ينقص من العبد بذلك دون ارش اليد لانها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل ارش اليد واكثر الامرين وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ولو غصبه مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يده ففي الضمان عَلَى الغاصب نظر «متن»

(قوله) ﴿ ولو جنى عَلَى الطرف فاقتص منه ضمن الغاصب الارش وهو ما ينقص من العبد بذلك دون ارش اليد لانها ذهبت بسبب غير مضمون ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وهو معنى قوله في موضع اخر من التذكرة غرم بدله كما لو سقط بآفة وقوله في الدروس على الغاصب ضمان الفائت بالجناية ولم يذكر في التذكرة في ذلك احتمالا ولا خلافا حتى من العامة وفي الشرائع الاقتصار عَلَى ذكر ضمان الارش والظاهر ارادة ارش ماينقص من العبد لانه المتبادر فتدبر (والوجه) في ضمانه ماينقص من قيمة العبد قليلا او كثيرا وانه لا يتحتم ضمان ارش اليد ولا اكثر الامرين ان قطعها بحق وجب شرعا وهو القصاص فلا تضمن كما لو سقطت بآفة سماوية لكن الغاصب يضمن نقص المالية باليد زاد عن مقدر الطرف او نقص وضعفه في جامع المقاصد بان الجناية في يده فهي مضمونة عليه ولا منافاة في ضمان الغاصب لما يستحقه المجني عليه بسبب الجناية لانه قد تلف ملكه في يده لا بحق سبق عليه (قوله) ﴿ ويحتمل ارش اليد ﴾ لانه المقدر وهو مضمون لان يد الغاصب في الضمان كالجناية باليد (قوله) ﴿ اكثر الامرين ﴾ اي من نقصان القيمة والارش هذا هو الاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد لان المقدر ان كان اكثر فلا بحث وان كان الارش اكثر فلانه مال حصل في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال كما تقدم في اول الباب (ويؤيده) ان فيه اعمالا للدليلين اعني النص عَلَى وجوب المقدر وضمان الغاصب لما يذهب من المالية في يده اذ لا فرق بين جنايته والجناية في يده كما في جامع المقاصد (قال) والعجب ان المصنف اسلف فيما تقدم وجوب اكثر الامرين وخالف هنا والفرق غير ظاهر (قلت) هذا يرد عَلَى الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وقد يمكن الفرق بان ما نحن فيه لا تقصير له فيه من حيث الجناية فالشان فيه كما لو سقطت بآفة من الله سبحانه وتعالى (قوله) ﴿ وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد ﴾ اي تجري فيه الاحتمالات السابقة اذ لا فرق بين استيفاء حق الجناية منه بعد رده وقبله اذا كان السبب حاصلا وقت الغصب (قوله) ﴿ وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ﴾ لما عرفت من حصول السبب في يده ووجوده كوجود المسبب ولا تجيء فيه الاحتمالات السابقة لعدم جريانها وقوله فانه يضمن القيمة يقتضي ان لا يكون التشبيه في ذلك الحكم بل في اصل استحقاق المالك تضمين الغاصب من غير تعيين المقدر (قوله) ﴿ ولو غصبه مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يده ففي الضمان عَلَى الغاصب نظر ﴾ قال في التذكرة الوجه انه يضمن قيمة عبد مستحق للقتل او القطع وفي جامع المقاصد انه التحقيق والاصح وفي المسالك انه الاقوى (قلت) لعل الاشبه بالاصول والنظائر والاعتبار عدم الضمان في المرتد كما ستسمع (ووجه) النظر في كلام المصنف ينشأ من وجود السبب فكان كوجود المسبب وانه لا يضمن بالجناية فلا يضمن باليد وان ازالة ملك المالك لا تضمن بالقتل فاولى ان لا تضمن ازالة يده ومن انه تجدد في يد الغاصب وليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع فاذا تجدد في يد الغاصب التي قد حكمنا بانها يد ضمان وجب ان يكون مضمونا (وقال) في الايضاح والتحقيق ان الردة لو كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب لانه في حكم الميت وان كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل وسببه الردة وهي من باب الاعتقاد وقد اختلف المتكلمون في بقائه فمن منع منه يكون قد تجدد القتل وسببه في ملكه فيضمنه لان الاعتقاد الحاصل في يد السيد عدم ولم يقتل به

فان منعناه ضمن النقص الزائد عَلَى المقدر لو حصل زائد عليه وكذا الاشكال لو انعكس ولو ارتد في يده ثم مات في يد المالك من غير قتل ضمن الارش خاصة « متن »

وهذا الان موجود وهو صالح للعلية ومن قال ببقائه فالاشكال كما تقدم انتهى (وفي جامع المقاصد) ان الظاهر انه لافرق بين الردة الفطرية وغيرها لانه لا يخرج بها عن كونه مملوكا ولجواز بيعه حينئذ ومن الجائز ان لايظفر به السلطان فيسلم من القتل (قلت) لعله بناه عَلَى مايختاره والده في باب القصاص من انه يحل قتله لكل سامع مع الامن وانه ليس من وظائف السلطان لكنه انما يتاتى في الردة بالسبب وقد كنا رجحنا في باب المكاسب والعيوب والمواريث والحدود ان المرتد الفطري خارج عن المالية خصوصا اذا كان الارتداد بالسبب نعم بنائه الحكم عَلَى ان الاعتقاد باق ام لا غير ظاهر لان ثبوت القتل قد سبق بصدور الاعتقاد الفاسد ولم نظفر بما يزيله والاعتقاد المتجدد بناءً عَلَى عدم بقائه ليس هو السبب بالقتل بل السبب ما مضى فلم يتم ماذكره كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ فان منعناه ضمن النقص الزائد عَلَى المقدر لو حصل زائد عليه ﴾ اي ان منعنا ضمان الغاصب بان قلنا انه لا يضمن القيمة في المرتد ولا المقدر في الطرف في السارق فانا لا نمنع ضمانه النقص الزائد عن المقدر كأن كان الناقص من القيمة ازيد من المقدر في الطرف ومن دية الحر في النفس كما فهمه ولده والمحقق الثاني وقصره ابن اخته والشهيد عَلَى القطع في السرقة لان اطلاق المقدر عَلَى دية الحر خلاف الظاهر وان كان يتأتى في الارتداد كأن تكون قيمته الفي دينار فان الغاصب عَلَى مختار المصنف يضمن الفا (واستدل) عَلَى ذلك في الايضاح وعَلَى ضمانه المنافع بانه استقر ملك المالك عَلَى ذلك في علم الله سبحانه و يد الغاصب عادية وقال انه الحق ومعناه ان المستحق للقاطع هو ما قابل مقدار اليد وهو نصف قيمته كأن كانت قيمته مائة وما نقص من القيمة فوق ذلك حتى صار يساوي عشرين مثلا يؤخذ من الغاصب وهو ثلثون لكن فيه ان مواخذة الغاصب بالزيادة فرع كون متعلق الاصل مضمونا في الجملة كما لو جنى عليه الاجنبي في يد الغاصب اما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيءٍ اصلا كما في جامع المقاصد قال فلو منعنا الضمان لم يجب شيء اصلا ومما ذكرناه في بيان معنى دليل الايضاح يعرف حال ما استدل به في جامع المقاصد (قوله) ﴿ وكذ الاشكال لو انعكس ﴾ اي ارتد اوسرق في يد الغاصب فقتل اوقطع في يد المالك فمنشأ الاشكال هنا عكس منشأ الاشكال هناك في بعض وجوهه وقال في الايضاح ان قلنا ثمة بعدم ضمانه قلنا هنا بضمانه وان قلنا ثمة بضمانه قلنا هنا بعدم ضمان القيمة لكن يضمن الارش بين كونه مستحقا وغيره انتهى (ووجهه) ان المفروض ان تلفه في يد المالك غير مضمون عَلَى الغاصب فلا يكون عليه سوى ارش نقصه لان وصول العين الى المالك موجب لبرائته منها كما ياتي فيما اذا ارتد في يده ومات في يد المالك (وهذا) رجوع من المصنف عن جزمه السابق في قوله وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة وقد يحمل العكس عَلَى زيادة المقدر عَلَى نقص القيمة وهو غلط فاحش كما في جامع المقاصد فانه لا اشكال في ان ماقابل المقدر غير مضمون عَلَى تقدير عدم تضمين الغاصب ماحدث في يد السيد فاذا لم يكن النقص بقدر المقدر لم يعقل ضمان اصلا لان ذلك المقدر مستحق في يد السيد (وكيف كان) فالاصح الضمان كما في جامع المقاصد لان سبب القتل والقطع في يد الغاصب وهو مضمون عليه فهو بمنزلة الجناية التي تسري في يد المالك (قوله) ﴿ ولو ارتد في يده ثم مات في يد المالك من غير قتل ضمن الارش خاصة ﴾ كما في جامع المقاصد (ووجهه) بان القيمة قد نقصت بالارتداد لانه قد صار عرضة للقتل ولان تلفه هذا لم يكن مسببا عما حدث في يد الغاصب فلا يكون عليه سوى ارش نقصه لان اداء العين الى المالك موجب لبرائته منها وتضمينه ما يتجدد بسبب ما حدث في يده موقوف عَلَى تجدده وهو منتف مع الموت انتهى وهو يتم في الملي واما الفطري فيضمن قيمته تامة عَلَى المختار قال وليس ببعيد الحاق ما لو مرض

وكذا لو اشترى مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر ولو طلب الولي الدية في النفس او المجني عليه في الطرف لزم الغاصب اقل الامرين من قيمته ودية الجناية « متن »

في يد الغاصب ثم برئ بهذا في وجوب الارش لتحقق النقص بحدوث عيب المرض المرجو الزوال فيقوم صحيحا ومريضا بذلك المرض على حسب خطره وعدمه قال والمصنف في التذكرة صرح بعدم وجوب الارش هنا وهو مشكل ثم قال سياتي انه اذا اتفق التجدد والتالف من الصفات في الجنس ينجبر الذاهب بالمتجدد فيمكن رد هذا الحكم المذكور هنا اليه لان القيمة عادت وزال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي وان مات لكن لو عاد الى الاسلام ولم تكن ردته فطرية يجيئ فيه هذا (قلت) المرض ان قضى بضعف وهزال كما هو الغالب لم يتجه كلامه فيما احتمله حيث قال فيمكن «الخ» ولا كلام التذكرة لان السمن الثاني والصحة الثانية غير السمن الاول والصحة الاولى لانهما قد عدما ومن المستحيل اعادة المعدوم وهو في السمن واضح لانه عين محسوسة وقد تلفت فيضمنها الغاصب وانما يتأتى الانجبار فيما اذا كان صاحب صنعة فنسيها ثم تذكرها او تعلمها او كان على عينه بياض فزال ونحو ذلك وسيعترف بذلك عند شرح قوله ولا يجبر التجدد وكلام التذكرة في هذا الفرع لا يخلو عن اضطراب (واما) وصف الارتداد فيعرف حاله مما حكيناه عن الايضاح فيما مر والظاهر انه كنسيان الصنعة (قوله) ﴿وكذا لو اشترى مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر﴾ قال في الايضاح تقرير النظر مامر و بينه في جامع المقاصد بانه ينشا من حدوث ذلك في يد المشتري بعد انقضاء الخيار فلا يكون مضمونا على البائع ومن استناده الى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه وقال والتحقيق ان هذا النظر ليس بشيء لانه ان كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا اشكال في انه لا يستحق شيئا على البائع لان علم المشتري بالعيب يسقط خياره واستحقاقه الارش وان كان مع جهله بالحال فلا اشكال في الاستحقاق (ثم) ما الذي يستحقه ظاهر كلام المصنف هنا ان البائع يضمن ما يضمنه الغاصب وهو مشكل لانه انما يستحق بالعيب ارش العيب خاصة وان حدث به هلاكه كما لو اشتراه مريضا وهو جاهل بالمرض فمات به فان البائع انما يضمن ما كان في يده لا ما تجدد في يد المشتري والموت والقطع متجددان انتهى كلامه برمته (ونحن نقول) لا ريب في ان المسئلة مفروضة فيما اذا جهل المشتري بالحال وكان بعد القبض وانقضاء الخيار وقد اشار بقوله في كونه من ضمان البائع نظر الى قول الشيخ في المبسوط وغيره من انه يرجع بجميع الثمن لانه من ضمان البائع لان التلف حصل بسبب كان في يده فاشبه مالو باع مغصوبا فاخذه المستحق فحينئذ يرجع المشتري عليه بجميع الثمن كما بيناه في باب العيب ونبهناهناك على كلام المصنف هنا فرجع حاصل كلامه هنا الى ان في كلام الشيخ نظرا بل الاولى ان للمشتري الارش وهو نسبة ما بين قيمته صحيحا مستحقا للقتل وغير مستحق من الثمن كما نص عليه في بيع الكتاب والتذكرة ونهاية الاحكام وهذا كله اذا قلنا ان المرتد الفطري غير خارج عن المالية (قوله) ﴿ولو طلب الولي الدية في النفس او المجني عليه في الطرف لزم اقل الامرين من قيمته وارش الجناية﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان وفي المسالك انه الاشهر (قلت) لكنا لم نجد الخلاف ولا حكايته الا عن بعض الشافعية في التذكرة وجامع المقاصد (واطلاق) كلامهم في الكتب المذكورة يقضي بعدم الفرق بين عفو الولي على مال مطلقا وبين عفوه على ارش الجناية وعدم رضاه بدونه حيث يزيد عن القيمة بل كاد يكون كلامهم كالصريح في ذلك (ووجهه) ان الاقل هو الذي يستحقه المجني عليه او وليه لان الدية ان كانت اقل فظاهر وان كانت القيمة اقل فان الجاني لا يجني على اكثر من نفسه ولا فرق في لزوم ذلك للغاصب بين كون الجناية عمدا او خطأ لان النقص بحدوث الجناية من العبد قد حصل في يد الغاصب فيضمنه ويجب عليه فكه بالفدا لانه يجب عليه تحصيله ورده الى المالك وجميع ما يتوقف عليه ذلك من باب المقدمة (ومنه) يظهر وجه احتمال فكه بارش الجناية بالغا ما بلغ لان الواجب في العمد القصاص

فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد فاذا اخذها تعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة اخرى لاستحقاق المدفوعة اولا بسبب في يده فضمنها ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته و يتعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي لم تجب قيمة اخرى على المستودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب ولم يحكم به للاول بيع فيهما و يرجع المالك على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية وقعت في يده و كان للمجني عليه اولا ان يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه « متن »

فاذا رضي المجني عليه او وليه بالمال مع قدرة الغاصب عليه يكون مقدمة لوجوب رده الى مالكه كما يجب عليه مؤنة رده وان زادت على قيمته في غير الجناية فكذا فيها لاشتراكهما في المقتضي وهو قوي جدا اذا لم يكن اجحاف ولاضرر عظيم لكن لاقائل به وانما احتمله المحقق الثاني وكأنه مال اليه الشهيد الثاني اوهو متوقف (قوله) ﴿ فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد فاذا اخذها تعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة اخرى لاستحقاق المدفوعة اولا بسبب في يده فضمنها ﴾ كما نص على ذلك كله في التحرير وكذا جامع المقاصد وهو خلاصة ما في التذكرة والمسالك (ومعنى) زادت استوعبت اذ لافرق بين ان تساوي او تزيد في الرجوع بقيمة اخرى (واما) اذا انقصت فانه لايرجع الا بالنقصان خاصة كما ستسمع (قال) في التذكرة اذا ثبت ان الجاني والجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو اما ان يتلف العبد في يد الغاصب او يرده فان تلف في يده فللمالك مطالبته باقصى القيم فاذا اخذها فللمجني عليه ان يقوم الغاصب وان يتعلق بالقيمة التي اخذها المالك لان حقه كان متعلقا بالرقبة فيتعلق ببدلها كالعين المرهونة اذا اتلفها متلف فان المرتهن يتوثق ببدلها (ثم) انه احتمل اختصاص المالك بما اخذ والمجني عليه يطالب الغاصب كما ان المجني عليه لو اخذ ارش الجناية لم يكن للمالك التعلق به فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث ونفى عنه الباس وقال لكن المشهور عند الشافعية الاول فعلى القول الاول لو اخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة رجع المالك بما اخذه على الغاصب لانه لم يسلم له بل اخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب (ثم) الذي يأخذه المجني عليه قد يكون كل القيمة كأن كان الارش بقدرها وقد يكون بعضها بان كانت القيمة مثلا الفا والارش خمسمائة فاذا اخذ المجني عليه الارش رجع المالك به خاصة دون الباقي قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوي الفا فرجع بانتقاص السوق الى خمسمائة ثم جنى ومات عند الغاصب واوجبنا للمالك اقصى القيم فليس للمجني عليه الا خمسمائة وان كان ارش الجناية الفا ليس عليه الا قدر قيمته يوم الجناية واما اذا رده الى المالك فلا يخلو اما ان يرده بعد ماعزم للمجني عليه او قبله فان رده بعد الغرم برئ وان رده قبله فتبع اي الولي اي المجني عليه العبد في الجناية رجع المالك على الغاصب بما اخذ منه لان الجناية حصلت حين كان العبد مضمونا عليه (قوله) ﴿ ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته يتعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي لم تجب قيمة اخرى على المستودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه حين جنايته كان وديعة وجنايته محسوبة على المالك لان المفروض عدم التفريط من المستودع فالواجب عليه انما هو عوض قتله واطلاق اخذ الولي لما في الكتب الثلثة يتناول ما اذا اخذها من يد المولى وما اذا اخذها من يد المستودع وقد سها القلم في جامع المقاصد فاثبت الغاصب مكان المستودع في ثلاث نسخ (قوله) ﴿ ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب ولم يحكم به للاول بيع فيهما و يرجع المالك على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية وقعت في يده و كان للمجني عليه اولا ان يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ﴾ كما صرح

فان مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما و يرجع المالك عَلَى الغاصب بنصف القيمة و يكون للمجني عليه اولا ان يأخذه « متن »

بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو محل نظر ومنع (و بيان) الحال في ذلك كله ان يقال اذا كان لرجل عبد فجنى عَلَى حر او عبد جناية تستوعب قيمته عمدا او خطأ ثم انه غصب فجنى اخرى كذلك في يد الغاصب فاذا استرقه المجني عليه اووليه اوسيده حيث لم يرد القصاص في العمد اولم يفكه المولى في الخطأ فانه يصير ملكه ولا يحتاج الى حكم الحاكم كما لعله يفهم من عبارة الكتاب كما هو خيرة ظاهر الاستبصار وحينئذ فبمجرد جنايته الثانية عمدا يصير امره للمجني عليه ثانيا ان شاء استرق وان شاء اقتص وان شاء عفى وان كانت خطاء فان افتكه المجني عليه اولا فذاك والا فالمجني عليه ثانيا مخير بين استرقاقه وبين بيعه واخذ قيمته والعفو، فان لم يكن المجني عليه اولا او اوليائه اختاروا شيئاً من ذلك حتى جنى الجناية الثانية تشارك المجني عليهما او اوليائهما فيه لاشتراكهما في الاستحقاق وعدم الانتقال بمجرد الجناية الاولى في العمد كما هو المعروف المشهور والمخالف انما هو الشيخ في النهاية قال يختص به الثاني استنادا الى ظاهر خبر عَلَى بن عقبة وهو مع قبوله كعبارة النهاية للتاويل معارض بصحيح زرارة الذي هو حجة المشهور فان اختار اتملكه كان بينهما نصفين ولا يتعين البيع كما هو ظاهر العبارة وغيرها نعم ان اختاراه بيع بها لهما وقسمت قيمته بينهما ورجع المالك عَلَى الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية الثانية وقعت في يد الغاصب فضمانها عَلَى الغاصب بخلاف الاولى لوقوعها في يد السيد فللمجنى عليه الاول ان يأخذه اي يأخذ ما يرجع به المالك عَلَى الغاصب وهو ما اخذه المجني عليه الثاني وليس للثاني اخذه (اما الاول) فلان حق المجني عليه اولا قد تعلق بقيمة العبد كلها لان المفروض ان الجناية مستوعبة وقد وجد باقي القيمة فيتعلق به حقه كما قاله في جامع المقاصد (واما الثاني) فقد استدل عليه في التذكرة بثلثة وجوه (الاول) ان حق الاول قد تعلق بجميع الرقبة وحق الثاني تعلق بالنصف (الثاني) ان الذي يأخذه من الغاصب انما هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق حقه به مرتين، والنصف الاخر من القيمة قد فات بتعلق حق المجني عليه اولا وهذا هو الذي اعتمد عليه فيها وفي التحرير وجامع المقاصد (الثالث) ان سبب وجوب هذا النصف انما هو الغصب فانه بالغصب ضمن ما يجنيه المغصوب والغصب متقدم عَلَى الجناية الثانية فلا يأخذ المجني عليه الثاني مما وجب قبل كما لو جنى العبد عَلَى رجل ثم قطعت يده ثم جنى عَلَى اخر فان ارش اليد لا يأخذ منه المجني عليه الثاني شيئا لوجوبه بالقطع المتقدم عَلَى الجناية ونحن نقول (اما الوجه) الاول فمع كونه لا وجه له اصلا قد اتفق اصحابنا عَلَى نفيه لانك قد علمت انهم عَلَى قولين واليه يرجع الثاني بالاخرة بل هو قضية استدلال المحقق الثاني عَلَى الشق الاول كما سمعت (وقال) ايضا ان الجناية الثانية لكونها مضمونة في حكم المنتفية فينتفي تعلق حقه بالقيمة جميعها (سلمنا) لكنا نقول ان ما ذكر في توجيهه من تخريجات العامة اذ المجني عليه ثانيا انما اخذ ما اخذ لمكان الجناية عليه كما لو اختارا تملكه من دون بيع والذي اخذه المالك من الغاصب قيمة اخرى للنصف كما تقدم مثله وانما كان لمكان وقوع الجناية منه في يده فهما امران غيران وليس احدهما عوضاً عن نفس الاخر وماذا يقولون لو جنى عليهما وهو مغصوب اينفرد المالك بالقيمة الثانية ويذهب نصفا دم المسلمين باطلا مع وجود ما يتعلق برقبة العبد وما كنا لنعدل عن اطلاقات اخبارنا الجار يتمجرى العموم في الجانبين وفتاوي اصحابنا الامور اعتبارية وليس ذلك من الافراد النادرة عند التأمل (سلمنا) لكن ذلك انما يخدش في اطلاق الاخبار دون الفتاوي (واما الثالث) فاوهن شيء لانه لا يجب عَلَى الغاصب قبل جناية العبد شيء وقد بينا مرارا معنى ضمان الغاصب والمستعير اذا شرط عليه او كانت العارية من احد النقدين فكان قياسه عَلَى ما ذكر قياساً مع الفارق وهو ايضاً من تخريجات العامة (وليعلم) ان ظاهر العبارة انه يجب عَلَى المالك الرجوع عَلَى الغاصب و يحتمل العدم وان للمجني عليه اولا الرجوع و يحتمل العدم (قوله) ﴿ فان مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما و يرجع المالك عَلَى الغاصب بنصف القيمة و يكون للمجني عليه اولا ان يأخذه ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقال في

ولو جنى عَلَى سيده فالضمان عَلَى الغاصب كالاجنبي على اشكال ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة (ورده خ) عَلَى راي فان سقط ذلك العضو بافة فلا شيء لانه تزيد به قيمته « متن »

التذكرة ايضاً وقيل ان المجني عليه الاول يطالب الغاصب بتمام القيمة والمجني عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة وان المالك لا ياخذ شيئاً ونفى عنه الباس (والوجه) في الاحكام الثلثة يعلم مما تقدم ولو وهب المجني عليه ثانياً ما اوجبته الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله عَلَى الظاهر كما في جامع المقاصد قال ولو وهبه للغاصب فليس ببعيد سقوط الرجوع به (قوله) ﴿فلو جنى عَلَى سيده فالضمان عَلَى الغاصب كالاجنبي﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد اذا كانت الجناية عمداً لانه مضمون عليه فيضمن كل نقص دخل عليه في يده وجنايته عَلَى السيد موجبة لاستحقاق الاقتصاص فكان السيد والاجنبي في ذلك سواء (واما) اذا كانت خطا اوشبه عمد فلا شيء للسيد عَلَى الغاصب لان الواجب فيهما المال ولا يثبت للسيد عَلَى ماله مال وثبوته عَلَى الغاصب فرع ثبوته عَلَى العبد كما تقدم مثله في الخطأ في الرهن وفي الايضاح وجامع المقاصد انه يضمن نقص القيمة في الخطأ اذا حصل وفسره في الاخير بما اذا تضمنت جنايته استطالته على السيد وقلة الرغبة فيه ومرادهما كما صرح به في الاخير انه لا يضمن ارش الجناية وهذا العيب يجري ايضاً في العمد فيضمن الغاصب ارشه خارجا عن ارش الجناية لاختلافهما وان جنى عَلَى طرف سيده فاقتص منه السيد ضمن الغاصب اكثر الامرين كما في الايضاح وجامع المقاصد كما مر مراراً وفي التذكرة انه يضمن ارش العضو فتامل وفيها وفي الايضاح وجامع المقاصد انه ان عفى عَلَى مال ثبت المال عَلَى العبد وفداه الغاصب باقل الامرين من ارش الجناية وقيمة العبد كالاجنبي (ووجهه) ان المال ليس بثابت هنا اصلا من اول الامر ليمتنع ثبوته عَلَى العبد لاستلزامه وجوب مال للسيد عَلَى عبده وانما هو عوض عن جناية ثابتة مستحقة عَلَى العبد مضمونة عَلَى الغاصب فلا يمتنع ثبوت عوضها لان الخيار في ذلك للمجني عليه (وفيه نظر) واضح لانه قد يقال انه لا يعقل ان يثبت له عَلَى ماله مال لا بالاصالة ولا بالتبع (قوله) ﴿عَلَى اشكال﴾ ينشأ مما مر ومن ان المالك هو المباشر للاتلاف لانه اذا سلمه للمولى فقد مكنه منه غاية التمكين ولا يضر اقتصاصه بعد ذلك لكون ذلك باختياره ومباشرته بخلاف ما اذا كانت عَلَى الاجنبي فان الجناية عليه تفضي بزوال الملك او تفضي اليه فاذا سلم العبد للمالك حينئذ لم يكن تسليما تاماً وفي جامع المقاصد انه ليس بشيء لثبوت الاقتصاص الذي تركه موجب للضرر عَلَى السيد او الوارث بسبب حدث في يد الغاصب وهو منقص للمالية فيستحق الرجوع به وسرى الاشكال في الايضاح الى الخطأ قال وفي الخطأ ينشأ من ان الغاصب ضامن ومن انه محتمل لما تعلق برقبته بسبب جنايته لانه غصب رقبة بريئة فيجب ان يرده كذلك فيضمن ما تعلق برقبته ولا يثبت للمولى حق في رقبة العبد بسبب الجناية والوجه الاول لاوجه له لان الغاصب انما يضمن ما يثبت عَلَى العبد واما المستحيل فلا (قوله) ﴿ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة عَلَى راي﴾ ورده كما هو خيرة المبسوط في موضع منه والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي الاخير انه المشهور لانه جنى جناية لها مقدر هو القيمة ولا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد بخلاف الجاني لمكان النص فيه وقال في موضع اخر من المبسوط له اخذ القيمة بعد ان يسلمه او يصير مجانا لئلا يجمع بين العوض والمعوض (وفيه) انه عوض الفائت عَلَى انه مكلف باشق الاحوال وفي بعض النسخ فعليه كمال القيمة ورده عَلَى راي وهو اصوب لان الخلاف انما هو في الامرين معاً (قوله) ﴿فان سقط ذلك العضو بافة فلا شيء لانه تزيد به قيمته﴾ كما في التحرير لانه لا نقص فلا ضمان والاقرب وجوب القيمة كما في التذكرة وفي الايضاح انه اولى به وفي جامع المقاصد انه اصح لانه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية العبد واجزائه وصفاته ومنافعه مضمونة عليه والعضو التالف هنا مقدر فيضمنه فيجب عليه ان يدفع

عَلَى اشكال وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة وكذا الاصبع الزائدة ولو مثل به لم ينعتق على راي ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الاولى رد العبد ومساويه ولو نقص الزائد ونصف الاصل واوجبنا الاكثر لزمه المجموع والا الزائد « متن »

كمال القيمة و يرده و ياتي في السمن المفرط ماله نفع تام في المقام وفي جامع المقاصد ان الضمير في انه للشان وفيه انه لا حاجة الى ذلك بل هو راجع الى العبد والضمير في به راجع الى السقوط فيصير التقدير ان العبد تزيد قيمته بالسقوط (قوله) ﴿عَلَى اشكال﴾ قد عرفت منشأ وجهيه مما تقدم في حجة كل من القولين (قوله) ﴿وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة﴾ اي لا شيء فيه كما في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير انه لا اشكال فيه لان السمن ليس له بدل مقدر ولا نقص في العين يوجب نقص القيمة فهو من قبيل ما لا قيمة له بخلاف الانثيين فان فيهما مقدرا وهذا يتحقق في سمن نحو العبد والجارية وما لم يقصد منه اللحم فان سمنه اذا افرط وتجاوز الحد ربما نقصت قيمته ولا يجيء هنا الاشكال السابق (و يبقى) الكلام فيما اذا نقص السمن الغير المفرط من دون اذية ولا الم ولم تنقص به القيمة والظاهر انه يضمن ارشه لانه جزء ذهب من المغصوب فيكون مضمونا و يعتبر بعبد متى ذهب منه مثل ذلك السمن نقصت قيمته كما قاله في المبسوط فيما اذا حلق لحية الامة فلم تنبت من دون غصب فزادت قيمتها فانه يعتبرها بعبد متى زالت لحيته نقصت قيمته واثبت ابو العباس والشهيد الثاني في الروضة فيها اي لحية الامة الحكومة واناطها ابو العباس بنظر الحاكم كما بينا ذلك في باب الديات والمصنف هنا لم يوجب فيها ولا في شعر عانتها الا التعزير (و كيف كان) فلعلهم هنا لا يختلفون في ضمان السمن الغير المفرط وان لم تنقص به القيمة لانه جزء ذهب من المغصوب (قوله) ﴿وكذا الاصبع الزائدة﴾ اي لو نقصت ولم تنقص بها القيمة لا شيء فيها وليس بصحيح بل الصحيح ان فيه الضمان كما في الشرائع والتذكرة والمسالك والكفاية وفي الاخير انه المشهور لان لها مقدراً وهو ثلث الدية الاصلية كما اطبقوا عليه في باب القصاص ودلت عليه الاخبار وفي جامع المقاصد انه الاصح وليس بجيد بل هو الصحيح (قوله) ﴿ولو مثل به لم ينعتق على راي﴾ وافق للسرائر والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية لان التحرير بالتمثيل على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد النص وخيرة الخلاف والمبسوط والقاضي فيما حكي والايضاح انه ينعتق عليه (وقد استدل) عليه في الاول باجماع الفرقة واخبارهم ولعله اراد بالاخبار ما رواه في التهذيب مرسلا عن ابي عبد الله عليه السلام قال كل عبد مثل به فهو حر ولا يعارضه ماورد فيه بتنكيل السيد بخصوصه وجعل منشأ الخلاف في الايضاح ان العتق هل هو لعدم قبول العبد الملكية حينئذ او لعدم قبول الممثل المالكية او عقوبة ثم قال والاول اولى وفي جامع المقاصد ربما بني القولان على ان الانعتاق بتمثيل المولى لجبر حال العبد او لعقوبة المولى فعلى الاول ينعتق هنا وعلى الثاني لا وقال انه بناء ضعيف ورجوع في الحكم الى جهالة (قلت) هذا يحكي عن المصنف في بعض فوائده و يرده ايضاً ان النص غير معلل والعلة المستنبطة ساقطة وتردد المحقق في الشرائع وهو ظاهر الدروس واما اذا اقعد او عمي فانه ينعتق و يضمن الغاصب (قوله) ﴿ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الاولى رد العبد ومساويه﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (ومعناه) انه قبل الغصب كان يساوي الفا ثم زادت قيمته بعد الغصب فساوى الفين ثم قطع الغاصب يده فنقص الفا لزمه رد العبد ونصف قيمته وهو الف وهي قدر قيمته الاولى لان زيادة السوق مضمونة مع تلف العين و يد العبد قد قدر لها الشارع نصف القيمة (قوله) ﴿ولو نقص الزائد ونصف الاصل واوجبنا الاكثر لزمه المجموع والا الزائد﴾ اي لو نقص بالقطع من قيمة العبد في الفرض المذكور الف وخمسمائة فصار يساوي خمسمائة فان اوجبنا عَلَى الغاصب في الجناية عَلَى المغصوب اكثر الامرين من المقدر والارش لزمه الالف والخمسمائة كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وان اوجبنا المقدر خاصة وهو نصف القيمة لزمه الزائد فقط وهو الالف كما صرح

وان نقص الربع فان اوجبنا الارش لزمه الربع والا النصف ولو غصب عبدا فقطع اخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع عَلَى احد والغاصب الزائد ان نقص اكثر من النصف ولا يرجع عَلَى احد ولو لم يحصل زيادة استقر الضمان عَلَى الجاني ولو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص « متن »

به ايضاً في الاولين وقال في الاخير هذا ظاهر اذا لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى عَلَى يد غيره عمداً فانه عَلَى هذا التقدير يجيء فيه عند المصنف احتمالات ثلثة قد سبقت (احدها) ارش العبد كائناً ما كان وعلى هذا الاحتمال يلزم الغاصب المجموع ايضاً فلا يستقيم قول المصنف والا الزائد اذ معناه وان لم نوجب الاكثر لزمه الزائد فقط وقد عرفت انا قد لا نوجب الاكثر ونلزمه المجموع اذا اوجبنا الارش و يندفع هذا عن العبارة اذا قرىء قوله سابقاً فقطع يده بالبناء للمعلوم لان الضمير حينئذ يعود الى الغاصب فلا تندرج في العبارة الصورة المذكورة الا ان قوله فيما بعد وان نقص الربع الخ ينافيه لان ايجاب الارش على ما ذكره انما يجيء اذا جني العبد في يد الغاصب فقطعت يده بالجناية لانه حينئذ يقال ان يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب ارش العبد لا ارش اليد وان كان ضعيفاً وانما قلنا انه ينافيه لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذ (قلت) نقرأ قطع بالبنا للمعلوم ولا ينافيه قوله فيما بعد وان نقص الربع كما ستسمع (قوله) ﴿وان نقص الربع فان اوجبنا الارش لزمه الربع والا النصف﴾ كما في التذكرة وجزم في التحرير بالثاني قال وان نقص خمس ماية وجب عليه رد العبد والالف (قلت) هذا هو الصحيح كما تقدم ومعنى عبارتي الكتاب والتذكرة انه لو كان النقص خمسائة وهو ربع القيمة فاللازم هو الربع ان اوجبنا ارش العبد كائناً ما كان اي قليلاً كان او كثيرا وان لم نوجب الارش تعين النصف لانه المقدر والاكثر ومن المعلوم انه لا يقوم احتمال الارش قل اوكثر الا اذا كان القطع بجناية العبد المغصوب علي الطرف والا فاذا كان يجب المقدر علي الجاني فبالاولى ان يجب على الغاصب فكأن المصنف قال وان نقص الربع واوجبنا الارش حيث يجب كما اذا كان قد قطع يد عبد فقطعت يده لزمه الربع والا النصف فقد اراد ان يبين ما اذا قطع الغاصب يده وما اذا قطعها غيره قصاصاً واطلق هنا اعتمادا على ما سبق فلم يكن كلامه هذا مترتباً على قوله سابقاً فقطع من حيث اللفظ (اونقول) ان ذلك يتجه ايضا اذا قرء قطع بالبناء للمفعول بان نقول انه مطلق وتحته فردان احدها قطع الغاصب والاخر قطع الغير قصاصاً فيندفع ما في جامع المقاصد من قوله لا شك في فساد العبارة سواء اخذت مطلقة اذا قرىء قوله فقطع مبنياً للمجهول او مخصوصاً بكون الغاصب هو القاطع بان يبني للمعلوم لان الجاني اذا وجب عليه المقدر فجناية الغاصب بطريق اولى فقد صحت العبارتان واندفع عنهما الايرادان (ثم) انه يرد عليه انه لو قرأنا قطع بالبناء للفاعل احتمل ان يكون الغاصب قد قطع يده قصاصاً فلا يتجه ما في جامع المقاصد (وليس) لك ان تقول لا يصح للغاصب القصاص لانه يجب عليه رده سالما (لانا نقول) ان القصاص مقدم عَلَى كل حق كما حرر في محله (قوله) ﴿ولو غصب عبدا فقطع اخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع عَلَى احد والغاصب الزائد ان نقص اكثر من النصف ولا يرجع عَلَى احد ولو لم يحصل زيادة استقر الضمان عَلَى الجاني﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ونحوه ما في التذكرة (ومعناه) ان المغصوب منه يتخير بين تضمين الغاصب والجاني لكن الجاني لا يضمن سوى المقدر في الجناية والغاصب يضمن الزيادة فقرار الضمان بالنسبة الى موجب الجناية عَلَى الجاني فان رجع عليه لم يرجع به عَلَى احد وان رجع به عَلَى الغاصب رجع الغاصب به عَلَى الجاني بنسبته واما الزائد عَلَى تقدير حصوله فانه عَلَى الغاصب خاصة ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان عَلَى الجاني لاستواء الجاني والغاصب في وجوب ذلك وقد باشر الاتلاف فالقرار عليه ويتخير المالك في الرجوع عَلَى كل منهما (قوله) ﴿ولو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص﴾ كما في المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد (وفي التذكرة

وكذا لو كان امرد فنبتت لحيته عَلَى اشكال ولو نقصت الارض لترك الزرع كارض البصرة ضمن عَلَى اشكال ولو نقل التراب رده بعينه فان تعذر فالمثل وعليه الارش وتسوية الحفر والبائع اذا قلع احجاره فعليه التسوية دون الارش ولو حفر بئرا فله طمها الا ان ينهاه المالك فيزول ضمان التردي «متن»

لا نعلم فيه خلافا يعني بين اهل العلم لتناقص القوى بذلك الموجب لنقصان القيمة ومثله ما لو كانت ناهدا فسقط ثدياها كما في المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والدروس وفي التذكرة لا نعلم فيه خلافا ومثله ما لو كان طفلا فكبر كما في الدروس وان كان ذلك من ضروريات البقاء (قوله) ﴿ وكذا لو كان امرد فنبتت لحيته ﴾ كما في المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد لحصول النقص في القيمة بذلك لانه المفروض والمخالف هنا ابو حنيفة لاغير لان الفائت لا يقصد قصدا صحيحا لجري مجرى الصناعة المحرمة وقد احتمله احتمالا في التحرير وليس بشيء لانا نمنع عدم القصد الصحيح لامكان تعلق الغرض بالتمرين عَلَى الاخلاق الحسنة من عادات وعبادات بل قد يتعلق الغرض الصحيح بالجمال (قوله) ﴿ عَلَى اشكال ﴾ قد علم منشأ وجهيه مما تقدم (قوله) ﴿ ولو نقصت الارض لترك الزرع كارض البصرة ضمن عَلَى اشكال ﴾ الضمان من دون اشكال خيرة التذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد لان كل نقص يحدث في يده مضمون عليه ولا منافاة بين تحريم زرعها وضمان نقصها اذ الواجب عليه من اول الامر عدم اثبات يده عَلَى مال الغير بغير حق ووجه عدم الضمان ان ترك زرعها واجب فلا يضمن بسببه (قوله) ﴿ ولو نقل التراب رده بعينه ﴾ كما في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد وفرشه عَلَى ما كان فيها كما في المبسوط (قوله) ﴿ فان تعذر فالمثل ﴾ لان التراب من حيث هو مثلي وان كانت الارض باعتبار كونها قراحا او بستانا او نحو ذلك قيمية فلا منافاة ولا استبعاد في ذلك (قوله) ﴿ وعليه الارش وتسوية الحفر ﴾ اما وجوب الارش لو بقي في الارض بعد التسوية نقصان فظاهر واما وجوب التسوية دون ارش الحفر مع انهم اوجبوا عَلَى هادم الحائط الارش دون اعادته فلان الحفر يشبه المثلي والبناء يشبه القيمي (قوله) ﴿ والبائع اذا قلع احجاره فعليه التسوية دون الارش ﴾ (اما) وجوب التسوية اذا كان المشتري عالما فقد اطبقوا عليه من غير خلاف في باب تسليم المبيع وباب بيع الارض مستندين الى انه يجب تسليم المبيع مفرغا كاملا ولعلهم يقولون ان علمه انما اسقط خياره واما ضمان النقص بمعنى وجوب طمه فلا مسقط له الا مايتخيل من اقدامه عَلَى ذلك وليس بشيء لانه انما اقدم على ذلك عالما بانه يجب عَلَى البائع تسليم المبيع تاما (واما) عدم وجوب الارش لو بقي في الارض نقص وعيب بعد التسوية فلان الفعل ماذون فيه شرعا فلم يتعقبه ضمان بمعنى وجوب الارش نعم لو كان جاهلا تخير فان اجاز وجب له الارش والاجرة لمدة النقل عَلَى الاقوى وتمام الكلام في باب بيع الارض واستطرد المسئلة هنا ليفرق بين الغاصب والبائع (قوله) ﴿ ولو حفر بئرا فله طمها الا ان ينهاه المالك فيزول ضمان التردي ﴾ كما في السرائر والتحرير والمختلف والدروس وجامع المقاصد وغيرها وفي الشرائع لو قيل به كان حسنا لان المالك اذا رضي بالحفر كان كما لو حفرت باذنه ونهيه عن الطم يتضمن الرضا (وفي) التذكرة ان كان للغاصب في الطم غرض سوى دفع ضمان التردي فله الطم وان لم يكن له غرض سواه لم يكن للغاصب طمه وقد مثل فيها الغرض بما اذا نقل التراب الى ملك نفسه او طرحه في طريق المسلمين او ملك غيره وهو كما ترى لانه تصرف في مال الغير مع نهيه عنه (وفي) المبسوط والغنية له طمها نهاه المالك ام لم ينهه رضي المالك ام لم يرض قال في المبسوط لانه حفر في ملك غيره فلا يامن ان يقع فيها انسان او بهيمة فيلزمه الضمان هذا اذا لم يبرئه المالك من ذلك فان برئه فقولان والصحيح انه يبرأ انتهى حاصل كلامه وقد

ولو ذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب وان لم تنقص القيمة وكذا في اغلاء العصير على راي ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وان تساويا قيمة بخلاف ما لو اتفقا جنسا ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل « متن »

قال في باب الديات من المبسوط انه لو حفر بئرا عدوانا في ملك غيره ثم ابرأ المالك رضي ببقائها بعد الحفر العدوان سقط الضمان وبه صرح في ديات الكتاب والشرائع والتحرير والارشاد وهو يوافق ما هنا واختار هناك في المبسوط انه يبرأ بالابراء وتردد فيه اي الابراء في التحرير من ان المالك لو اذن فيه ابتداء لم يضمن ومن ان حصول الضمان لتعديه بالحفر والابراء لا يزيله لان الماضي لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها ولان الضمان ليس حقا للمالك فلا يصح الابراء منه ولانه ابراء مما لا يجب فلم يصح انتهى ومرادهم هنا بالابراء الرضا والاقرار فيكون اسقاطا للتعدي برضاه بذلك لا ابراء عما لم يجب (قوله) ﴿ ولو ذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب وان لم تنقص القيمة ﴾ بلا خلاف فيه من احد من الخاصة والعامة وبه صرح في المبسوط وغيره ومثاله ان يغصب رطلين قيمتهما درهم فيغليهما حتى يصيرا رطلا واحدا قيمته درهم او درهمان فانه يرده ويغرم مثل الرطل الذاهب وان نقصت قيمته دون عينه رده مع ارش النقصان كأن يغير طعمه وان نقصا جميعا فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ماذهب بالاغلاء الا اذا كان ما نقص من القيمة اكثر مما نقص من العين فيلزمه مع مثل الذاهب ارش نقصان الباقي والوجه في الجميع ظاهر (قوله) ﴿ وكذا في اغلاء العصير على راي ﴾ موافق لاكثر المتاخرين بل كلهم لحصول النقص في العين والمخالف الشيخ في المبسوط قال لا يضمن وكذا الخلاف في ما حكي عنه ولم اجده مستندا الى ان الذاهب اجزاء مائية لا قيمة لها لان النار تعقد اجزاء العصير ولهذا تزيد حلاوته بخلاف الزيت (وفيه) ان الواقع نقص محسوس في العين فيجب بدله على انا لا نسلم ان الذاهب اجزاء مائية فقط سلمنا لكن الذاهب في الزيت ذلك الا ان مائيته اقل ومثله ما اذا صار العصير خلا وانتقصت عينه دون قيمته والرطب تمرا والعنب زبيبا واللبن جبنا او سمنا او زبدا (قوله) ﴿ ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وان تساويا قيمة ﴾ نحوه ما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد وغيرها (والحاصل) ان العائد ان كان من نوع اخر لم يحصل الانجبار به اجماعا كما يظهر من مجمع البرهان وقد قطع به الاصحاب كما في الكفاية (قلت) وظاهرهم القطع ايضا بالانجبار وعدم وجوب الارش فيما لو اتفقا جنسا كما لو كان كاتبا او عالما او خياطا فنسي ثم تذكر اذا لم يفت شيء وفي المسالك انه لاشبهة فيه ولا يرد ان العلم غير باق لمنعه ولو سلم لزم ضمانه وان لم ينس لانه يتجدد في يد الغاصب بعد زوال ما كان حالة الغصب (واختلفوا) فيما اذا كان سمينا فهزل ثم سمن فصريح المبسوط والارشاد ومجمع البرهان وظاهر الشرائع انه يجبر الثاني الاول لان الاصل عدم الضمان ولا دليل على الضمان في مثله سوى قولهم انهما بمنزلة صفتين مختلفتين وليس بدليل يعول عليه ولا اجماع الا في المتغايرين وصريح التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس انه لا يجبر لان الثاني مال متجدد للمالك والاول مال ذاهب ويقولون انه بعد الهزال صار الاصل الضمان واقتصر في الكفاية على قوله فيه قولان وكلام التذكرة لا يخلو من اضطراب لانه قد صرح فيها ايضا بانه لو مرض العبد ثم عوفي وجب رده من غير شيء ومثله قال في التحرير كما تقدم التنبيه عليه ونحوه ما ياتي للمصنف في اخر الفصل الثاني (اذا تقرر هذا) فلو كان الكمال من وجه اخر مثل ان نسي صنعة كانت قيمته معها مائة فصارت الى خمسين ثم تعلم صنعة اخرى غير الاولى فعادت الى مائة رده وزد معه خمسين ولو تكرر النقصان وكان في كل مرة مغايرا بالنوع للناقص في المرة الاخرى ضمن الكل كما لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت قيمتها الفا وتعلمت صنعة فبلغت الفين ثم هزلت فنسيت الصنعة فعادت الى مائة ردها وغرم الفا وتسعمائة (قوله) ﴿ ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل ﴾

وفي وجوب الدفع اشكال فان اوجبناه فصار خلا في يد المالك ففي وجوب رد المثل اشكال فان صار خلا في يد الغاصب رده مع ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل ولو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك « متن »

كما في التذكرة والتحرير والدروس والمسالك لان المالية قد فاتت تحت يده وهي يد عادية فكان عليه ضمانها كما لو تلفت وقال في التذكرة لو غصب عصيرا فاغلاه حرم عندنا وصار نجسا لا يحل ولا يطهر الا اذا ذهب ثلثاه بالغليان فلو رده الغاصب قبل ذهاب ثلثيه وجب عليه غرامة الثلثين والوجه ايضا انه يضمن غرامة الجناية على الثلثين وقال في جامع المقاصد في الفرق بينه و بين العصير لو غصبه فصار خمرا او صيره خمرا نظر ونحن نجد الفرق واضحا بالاحترام وعدمه (قوله) ﴿ وفي وجوب الدفع اشكال ﴾ في الدروس ان وجوب دفع الخمر ايضا اقرب وفي المسالك انه اقوى وفي جامع المقاصد ان فيه قوة لبقاء الاولوية لا مكان ارادة التخليل ومن ثم عاد ملكه اليها قبل دفع البدل وذلك ان لم يعلم من حاله انه يتخذها للشرب لزوال حقه حينئذ ومعاونته على الاثم (ووجه العدم) انه خرج عن الملك فان المسلم لا يملك الخمر ومن ثم وجب البدل تاما وهو اقوى ولا ترجيح في الايضاح وفي التذكرة يجوز ان ياخذها المالك ليمسكها حتى تتخلل (قوله) ﴿ فان اوجبناه فصار خلا في يد المالك ففي وجوب رد المثل اشكال ﴾ جزم في التحرير والدروس بوجوب رد المثل وفي جامع المقاصد انه الظاهر وفي المسالك انه اقوى وهو قضية كلام الخلاف والشرائع والارشاد ومجمع البرهان لانه اخذه للحيلولة وقد زالت بعود ملكه اليه لان الاجزاء عين ماله والمانع من ملكيتها هي الخمرية وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وان حدث له صورة اخرى فيجب الرد ولا بد من مراعاة الارش على تقدير نقصه كما صرح به ايضا في الكتب الاربعة الاول (ووجه العدم) ان هذا ملك متجدد لان العصير لما صار خمرا صار تالفا فوجب بدله وحقق في الايضاح انه يبنى على ان الذوات هل هي متساوية واختلافها باعراض واحوال كمذهب الجبائي او متخالفة في الحقيقة كمذهب ابي الحسين فعلى الاول يجب رده وعلى الثاني لا يجب لانه غير المغصوب (وكيف كان) فان ما نحن فيه يخالف ما اذا غصبه خمرا غير محترمة فتخللت في يده فانه لا يجب عليه رد الخل لان العصير كان مملوكا لمن هو في يده وانما طرأ عليه مانع الملك فيزول بزواله بخلاف الخمر فانها لم تكن مملوكة له بوجه وانتزاعه من يده غير مضمون بل ولا يسمى غصبا وتخللها احدث ملكا جديدا لمن هي في يده ان نوى بابقائها في يده التخليل نعم لو كان المغصوب خمرا متخذة للتخليل فتخللت في يد الغاصب فالاقوى وجوب رده كالعصير كما ستسمع واحتمال العدم ضعيف جدا وتمام الكلام في باب الرهن (قوله) ﴿ فان صار خلا في يد الغاصب رده مع ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل ﴾ اما انه يرده الى مالكه فقد نفى عنه الخلاف في رهن غاية المرام والمسالك وهو كذلك لانه عين ماله وقضية ذلك انه يرد معه ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل وبه صرح الاصحاب كالشيخ وابن ادريس ومن تاخر عنه (والمراد) انه غصبه عصيرا فصار خمرا في يد الغاصب فيكون معطوفا على قوله اولا فصار خمرا (وليعلم) ان المصنف وولده والشهيد والمحقق الثاني في باب الهبة حكموا ان في رده حينئذ الى المالك اشكالا فليرجع اليه (قوله) ﴿ ولو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك ﴾ (وجه الاول) ان الخمر خارجة عن الملك بالكلية وقد استولى عليها هذا فصارت ملكه ولحصول الخلية عنده فيما ليس ملكا لاحد وهو الذي صححه في الايضاح وقواه هو في شرح الارشاد (ووجه الثاني) ثبوت الاولوية للمالك باليد للتخليل كذا قال الفخر في الكتابين وهو يقضي بان الخمر محترمة متخذة للتخليل وهي التي يتصور فيها الغصب فكان الاولى به و بوالده ان يختارا وجوب الرد للمالك لمكان سلطانه الثابت عليها لكونها مستحقة لمن كانت في يده بهذه النية وقد نفى فيها الخلاف عن وجوب الرد للمالك في الخلاف وهو كالاجماع او ابلغ لان مراده نفيه بين المسلمين وقال

والبذر والبيض اذا زرع او فرخ فهو للمالك « متن »

في التذكرة انه مذهبنا وهو خيرة المبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك فلا يلتفت بعد ذلك الى ماوجه به الاول في الايضاح ولا الى القول بان فائدة احترامها جواز ابقائها في يده وعدم وجوب اراقتها وتمام الكلام في الرهن (قوله) ﴿ والبذر والبيض اذا زرع اوفرخ فهوللمالك ﴾ اجماعا فيهما كما في الناصرية والسرائر وبلا خلاف كما في الثاني ايضاوهو المذهب كما في الغنية وهو المعتمد عندنا كما في التذكرة وفتوى من سبق الشيخ كما في الدروس وعليه الفتوى كما في التنقيح وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد وهو خيرة الخلاف في باب الدعاوى والمبسوط في باب العارية وغصب السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحكي عن ابي علي ولا ترجيح في الكفاية وفي غصب الخلاف والمبسوط والوسيلة انهما للغاصب وعليه قيمة الحب والبيض (واستدل) عليه بان عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم غير القيمة وقال في الخلاف ومن يقول ان الفرخ عين البيض وان الزرع هو عين الحب مكابر بل المعلوم خلافه انتهى وقد صرح في عارية المبسوط ان الزرع عين الحب قال في السرائر فقد دخل « ره » في جملة من يكابر (ثم انا نقول) انهما نماء ملك المالك والنماء على قسمين قسم يبقى معه الاصل كثمرة النخل وقسم يبقى معه الاصل ببعض اجزائه وهو المادة دون الصورة فتلبس المادة صورة اخرى وتسمى استحالة وهذا يجري مجرى تغير الصفات كالسمن مثلا فكما ان المغصوب اذا سمن لم يملكه الغاصب كذلك البيض اذا صار فرخا والحب اذا صار سنبلا (وقد) اعترض الشيخ في المختلف بان سبب تملك الغاصب الفرخ انما هو احداث فعل او تجديد يد والقسمان باطلان (اما الاول) فلان الفعل اما من الغاصب او من الدجاجة والقسمان باطلان (اما الاول) فلان الغاصب لم يؤثر سوى الاحضان وليس ذلك موجبا للتمليك والا لكان لو احضنها بدجاجة المالك ملكها ولكان المالك اذا اذن لغيره في احضان الدجاجة بالبيضة وهما للمالك ملك الغير وليس كذلك اجماعا (واما الثاني) فلانه لو كان كذلك لكان المالك اذا غصب الدجاجة واحضنها بيضة من ملكه يملكها صاحب الدجاجة وليس كذلك اتفاقا (واما الثاني) فلان تجديد اليد لو كان موجبا لكان الغاصب مطلقا مالكا وان لم تتغير صفته وليس كذلك اجماعا وقول الشيخ ان العين قد تلفت ليس بجيد فانها لو تلفت لم يحصل لها نماء وانما استحالت وتغيرت صفاتها وخواصها وقوله من يقول ان الفرخ عين البيض مكابر خارج عن الانصاف فانا لا ندعي ان هذه الاعيان هي تلك الاعيان باقية على الصفات بل ان المواد واحدة وان التغيير انما هو في الصفات والخواص وبعض الذاتيات انتهى (قلت) لعل الشيخ يقول مرادي من التلف عين ما قلته من الاستحالة وان سبب التملك جميع ما ذكرته مجتمعا لا كل واحد واحد مما ذكرت وهذا لم تبطله وله ان يقول اذا كانت الصورة مقومة للعين والمفروض فسادها فلا بقاء للعين فانت الخارج عن الانصاف فان اردت ببقاء العين بقاء المادة فالشيخ يسلمه ولا يضره لان له ان يقول من اين لك اذا كانت المادة باقية وهي ملك المالك ونفس العين غير باقية بل تالفة او في حكم التالفة يجب مثلها او قيمتها ان الصورة الاخرى التي لبستها المادة للمالك وهل النزاع الا فيه وليس لك ان تجيب الا بان الصورة الحادثة نماء الاصل فيتبعه ويجري مجرى الثمرة فتكون في غنية عن هذه التفاصيل التي ما افادت الا التطويل ولهذا ترى من تقدمه كصاحب السرائر وجميع من تاخر عنه ما استندوا الا الى انه نماء ملك المالك وتابع له (هذا) وقد تقدم في اول الفصل الاول فيما لو قطع الثوب قطعا انه لم يملكه ونقل الاجماعات والفتاوى عليه ومن المفتين بذلك الشيخ في المبسوط والخلاف وما استدلوا به عليه جار فيما نحن فيه وان المسئلتين من نمخ واحد كما تقدم بيانه والزام الشيخ به وقد تقدم انه لا يصح الاستشهاد لكلام الشيخ بان نماء نطفة الفحل اذا غصبه وانزاه على شاته وقرمه للمالك لان النطفة لا قيمة لها

(الفصل الثاني في الزيادة) لو غصب حنطة فطحنها او ثوبا فقصره او خاطه لم يملك العين بل يردهـا مع الزيادة وارش النقص ان نقصت القيمة بذلك ولا شيء له عن الزيادة ولو صاغ النقرة حليا ردها كذلك فلو كسر ضمن الصنعة وان كانت من جهته وللمالك اجباره على ردها نقرة ولا يضمن ارش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة بالكسر « متن » .

﴿ الفصل الثاني في الزيادة ﴾

(قوله) ﴿ لو غصب حنطة فطحنها او ثوبا فقصره او خاطه لم يملك العين بل يردها مع الزيادة وارش النقص ان نقصت القيمة بذلك ولا شيء له عن الزيادة ﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه فيما اذا قطع الثوب قطعا وقد نقلنا هناك الفتاوى والاجماعات ومنها اجماع التذكرة وهذا معقده قال لا يملك الغاصب العين المغصوبة بتغير صفاتها فلو غصب حنطة فطحنها او شاة فذبحها وشواها او حديدا فصنعه سكينا او انية او آلة او ثوبا فقطعه وخاطه او قصره او طينا فصيره لبنا فان حق المالك لا ينقطع عن هذه الاعيان ولا يملك الغاصب بشيء من هذه التصرفات بل يردهـا مع ارش النقص ان نقصت القيمة عند علمائنا اجمع انتهى وحكى الخلاف عن ابي حنيفة واحمد في احدى الروايتين عنه بخبر عامي مرسل ويجب ان يقيد الخيوط في خياطة الثوب في العبارة بكونها للمالك ولو كانت للغاصب كانت كالصبغ (قوله) ﴿ ولو صاغ النقرة حليا ردها كذلك كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد لان الصنعة ليست عينا ليتخيل انها مال للغاصب وانما هي صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعا ومثله ما لو علف الدابة فسمنت لان السمن من الله سبحانه وتعالى وليس هو عين العلف كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ فلو كسر ضمن الصنعة وان كانت من جهته ﴾ كما في الكتب الثلثة المتقدمة لانها ملك للمالك ولا يقدح في ذلك كونها بفعل الغاصب (قوله) ﴿ وللمالك اجباره على ردها نقرة ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد والمسالك لوجوب ردها كما اخذها (قوله) ﴿ ولا يضمن ارش الصنعة ﴾ كما في هذه الكتب الثلثة لان بقاء الصنعة مع الرد نقرة غير ممكن فيكون الامر بردها كذلك اذنا في اذهاب الصنعة (وفيه) انه لعله اعتمد في ذلك على كون ما ينقص من العين مضمونا على الغاصب الى حصول التسليم التام والصنعة جزء من العين ومقوماتها وملك للمغصوب منه كما تقدم فتكون مضمونة عليه وان امره بردها نقرة فلا يجدي التمسك في العدم بان العين لم تكن على تلك الصنعة وقت الغصب ولم تستقر للمالك في ذمة الغاصب (وكذلك) الحال فيما اذا غصبها مهزولة واخذها الى مكان بعيد ثم علفها حتى سمنت فامره المالك بردهـا على الفور على وجه يستلزم هزالها واولى منها ما لو غصبها سمينة وبقيت كذلك ثم امره بردها كذلك فزال سمنها نعم ان فهم منه الرخصة في اتلافها اي الصنعة والتبرع بها وعدم الرضا فلا ضمان كما لو فهم منه الرخصة في تضميرها واذهاب سمنها واعادتها مهزولة مضمرة لان كان لا يركب الا المضمرة (قوله) ﴿ ويضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد والمسالك ولعله مما لا ريب فيه لان ذلك بفعله وليس من لوازم الكسر النقصان بخلاف الصنعة اذا ار يد ردها نقرة ولو سلم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالامر به لان الصياغة جناية لان كانت تصرفا في مال الغير عدوانا والنقص بالكسر مسبب عنها وامره بردها كما كانت لا يقضي بسقوط ضمانه اي الكسر (قال) في جامع المقاصد وهذا بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم تستقر للمالك في ذمة الغاصب فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله الى موضع بعيد فسمن ثم امره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاة السير لا يضمن السمن الناقص ويشكل بانه لو كان سمينا عند المالك فغصبه ونقله على وجه لا عنف فيه فبقي سمنه ثم اجبره المالك على رده على

ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع ارش النقص وكذا تثبت الشركة لو اطارت الريح الثوب الى اجانة صباغ «متن»

الفور فزال سمنه لم يضمنه وهو ينافي تضمين النقصان بالامر بكسر الحلي المصنوع وفي الفرق نظر انتهى (قلت) قد عرفت انا لا نفرق ونوجب الضمان في المسائل الاربع ولا نفرق في الصنعة بين ما اذا كانت قبل الغصب او بعده بعد الجزم بكونها ملكا للمالك وجزءا من العين فلا نستجود قوله بخلاف الصنعة الخ على انه يقضي بعدم اتحاد الحكم فيما فرعه من الفرعين فلا يتجه اشكاله (ثم) ان الاولى ان يفرع قوله فعلى هذا الى اخره على عدم ضمان ارش الصنعة لا على ما نحن فيه ولعله فرعه على قوله بخلاف الصنعة الى اخره وان ذكره بالعرض (ثم) انه قال ويختلج بالخاطر فرق يتامل بعد ذلك وهوان طلب المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصنعة بخلاف رد السمين اذا استلزم رده الى الهزال و بخلاف نقصان العين بالكسر فانه لا يقتضي ذلك ولا منافاة بين ملكية السمن والرضا بها وطلب الرد على الفور وان علم بهزاله للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضمونا عليه (قلت) هذا يقضي بان السمن في الصورتين يضمن كنقصان العين وهو خلاف ما ذكر فتدبر وما بال ذهاب الصنعة لا يكون كذهاب السمن في الصورة الاولى مع ان كل واحد منهما جزء من العين واحتمال عدم الرضا قائم فيهما كما فرضناه فيما اذا كان لا يريد الا المضمرة (قال) ويمكن ان يفرق بوجه اخر وهو ان الامر برد الحلي نقرة يدل على عدم قبول الصنعة والترخيص في اتلافها بخلاف ما ينقص بالكسر لان الامر بالكسر لا يقتضي قبول الناقص من الفضة وان كان لازما عنه لا محالة فهو محسوب من جملة المؤنة الواجبة على الغاصب فانه لو امره المالك برد الدابة الى بلد الغصب وكان ذلك مستلزما للهزال لا يكون دالا على عدم ارادة السمن والترخيص في اتلافه فيكون من باب المقدمة كالعلف والسقي وينبغي التامل في الفرق بينه و بين الاول انتهى وهذا الذي اختلج في خاطره المبارك الميمون انما وجدناه في نسخة واحدة واكثر النسخ خالية عنه ولذلك تراه كانه غير محرر (قوله) ﴿ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسوية﴾ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وساوى بعد الصبغ ثلثين لزيادتهما معا لا لزيادة احدهما فالعشرة بينهما بالسوية كما هو صريح المبسوط والتذكرة والمسالك وكذا الشرائع والكفاية وذلك ان لم يمكن فصله عنه كما في الاولين والكفاية وهو قضية الكتاب بقرينة قوله فيما ياتي ولو قبل الزوال (قلت) اوامكن ورضيا بالشركة كما في التذكرة ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب فالزيادة لمالكه خاصة كما انها لو زادت لزيادة قيمة الصبغ فالزيادة للغاصب ولو زادت بسبب العمل خاصة فهي بينهما لان كلا من الثوب والصبغ قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب اذا استندت الى الاثر المحض تسلم للمغصوب منه (قوله) ﴿والناقص من الصبغ﴾ يريد انه اذا نقصت قيمته حيث لا يمكن فصله عن قيمتهما معا فالناقص من الغاصب خاصة وهو معنى الناقص من الصبغ لانه ان كان من الصبغ فظاهر وان كان من الثوب فضمانه عليه اذا لم يستند النقصان الى الثوب وحده باعتبار السوق حتى لو نقص والحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب ارش النقصان ولا شيء له لمكان الصبغ كما هو صريح المبسوط والتذكره والمسالك وصريح الشرائع والتحرير وجامع المقاصد في بعض وقضيتهما في اخر وستسمع ما في الكتاب ولو نقصت قيمة الصبغ وزادت قيمة الثوب فهو بينهما بالنسبة كما لو انخفضت قيمة الصبغ الى ثمانية بعد ان كان يساوي عشرة وارتفعت قيمة الثوب الى اثني عشر كما نبه عليه في المبسوط وغيره (قوله) ﴿فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع ارش النقص﴾ كما اذا صارت قيمتهما معا ثمانية في المثال المتقدم فانه يرد الثوب مصبوغا و يرد معه درهمين وذهب الصبغ ضياعا كما تقدم بيانه (قوله) ﴿وكذا تثبت الشركة لو اطارت الريح الثوب الى اجانة صباغ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لتحقق اختلاط المالين وليس

او غصب الصبغ من اخر ولو قبل الصبغ الزوال اجبر الغاصب عَلَى فصله وان استضر بعدم الصبغ او نقصت قيمته ولو طلب الغاصب الازالة اجيب اليها « متن »

لاحدهما ان يكلف الاخر الفصل ولا التغريم ان حصل نقص في احدهما اذ لاعدوان من احدهما (قوله) ﴿او غصب الصبغ من اخر﴾ لتحقق اختلاط المالين كما في الكتابين ويضمن الغاصب نقص كل من الثوب والصبغ (وتحريره) انه ان لم يحدث نقص في الثوب ولا الصبغ ولا في المجموع فهما شريكان ولا غرم عَلَى الغاصب فان حدث مثل ان كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وبلغت قيمة الثوب مصبوغا عشرة ففي التذكرة ان الثمن لصاحب الثوب ويغرم الغاصب الصبغ للاخر وتامل في كونهما شريكين في الثوب وان الغاصب يغرم لكل منهما ما نقصت قيمة عينه (ثم) انه ان كان مما يمكن فصله فلهما تكليف الغاصب بالفصل فان حصل بالفصل نقص فيهما اوفي احدهما غرمه الغاصب . وما ذكر في هذه المسائل جميعها فهو انما اذا كان قد حصل بالانصباغ عين مال في الثوب فان لم يحصل الا تمويه لا يحصل منه عين ولا يقبل الزوال فهو عَلَى الظاهر كقصارة الثوب وطحن الحنطة اثار محضة ليس للغاصب ويحتمل ان يكون شريكا ويجبر عَلَى بيعه من المالك كما ياتي عن التذكرة (قوله) ﴿ولو قبل الصبغ الزوال اجبر الغاصب عَلَى فصله﴾ كما في المبسوط بلفظ الاقوى والارشاد وجامع المقاصد وهو معنى قوله في التحرير للمالك قلعه وقوله في الايضاح اجيب المالك لوجوب رد العين كما اخذها ولا عبرة بتضرره بتلف الصبغ او نقص قيمته لان ذلك مستند الى عدوانه وقال في التذكرة وهل يملك اجبار الغاصب عَلَى فصله الاقرب انه ان كان له غرض كان له ذلك وكذا ان كان للصبغ قيمة والا فلا ولعله لانه ان خلي عن الغرض وكان المنفصل منه يضيع بالكلية او يحدث في الثوب نقصان بحيث لا يفي بارشه قيمة المفصول كان تخسيرا للغاصب عنادا اوعبثا فتامل وقد عرفت الحال فيما اذا لم يقبل الزوال وكان عينا وما اذا كان تمويها وستسمع ما في المسالك (قوله) ﴿وان استضر بعدم الصبغ اونقصت قيمته﴾ كما تقدم بيان وجهه والمراد بعدم الصبغ تلفه وذهابه وانه لا يحصل منه عين كما عرفت انفا وقال في المسالك ان كان الصبغ محض تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع وان رضي المالك وهل له اجباره فيه وجهان نعم لانه قد يريد تغريمه ولا لانه حينئذ كقصارة الثوب والاقوى الاول انتهى فليتامل فيه (قوله) ﴿ولو طلب الغاصب الازالة اجيب اليها﴾ كما في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية (وهو المشهور) ذكره الشيخ واتباعه كما في التنقيح وفي الرياض انه المشهور خصوصا بين المتاخرين وفي المسالك والكفاية انه الاشهر وقد قال هؤلاء جميعا بشرط ضمان الارش ان نقص الثوب وظاهر التذكرة التردد لانه ذكر فيما اذا اراد الغاصب فصل الصبغ وكان الثوب بحيث ينقص بذلك اختلافا بين العامة ولم يرجح احدا من القولين وكذلك ظاهر الدروس التردد حيث لا ترجيح فيه قال ولو طلب الغاصب قلع صبغه اجيب عند الشيخ وضمن الارش وقال ابن الجنيد والفاضل لا تجب اجابته لاستهلاكه واستلزام التصرف في مال الغير وما حكاه عن المصنف هو مختاره في المختلف قال ليس للغاصب قلع الصبغ بغير اذن المالك فان لم يرض ودفع قيمة الصبغ وجب عَلَى الغاصب قبوله وقد استجوده في التنقيح وقال ان عليه الفتوى واليه مال الاستاذ في حاشيته عَلَى مجمع البرهان فيما حكى عنه ابن اخته مستجودا ايضا له وهو قوي متين كما ستسمع وقد قال في جامع المقاصد فيما ياتي انه لا يخلو عن وجه وهذا كله مما يوهن قوله في الايضاح لا خلاف في منع الغاصب من الازالة لو نقص الثوب بها ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب اصلا وقال في جامع المقاصد ان ما حكاه في الدروس عن ابي علي والمصنف ينافي الاجماع الذي ادعاه الشارح في قوله ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ ولم تظهر لنا المنافاة في خصوص ذلك لانهما عللاه بالاستهلاك والتصرف معا لا بالتصرف

سواء هلك الصبغ بالقلع عَلَى اشكال اولا فان تعيب الثوب ضمن ارشه ولو طلب احدهما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول « متن »

وحده فابو علي والمصنف يقولان لا تجب اجابة الغاصب اذا استلزم الفصل هلاك الصبغ وولده يقول لاخلاف في وجوب اجابته الى الفصل اذا لم يهلك الصبغ ولم ينقص الثوب فايهما حصل منع من اجابته فلا منافاة اصلا قطعا بل المفروض في كلام ابي علي والمختلف ان ذلك ايضا اذا استلزم التصرف نقصا في الثوب كما هو ظاهر اخر كلامه في المختلف كما هو الغالب وعليه نبه في التذكرة وهذا الذي نفى الخلاف عنه في الايضاح اخيرا هو المستفاد من التذكرة والموافق للاعتبار ثم ان في تسميته نفي الخلاف اجماعا مسامحة (وحكى) في المسالك قولا بانه ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب وليس هو قول ابي علي ولا هو لاحد من اصحابنا وانما هو لبعض الشافعية لانك قد علمت ان اباعلي يشترط مع ذلك النقص في الثوب (وكيف كان) فقد استدل المحقق الثاني والشهيد الثاني للمشهور بانه لولا اجابته الى قلع الصبغ لزم عدوان اخر وهو التصرف في مال الغير بغير حق فانه لا سبيل الى تملكه بعوض ولا بغير عوض قهرا ولا الى الزام المالك ببيع الثوب و بيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه فربما لم يرغب فيه راغب و بقاء الثوب في يد المالك ممنوعا من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر فلم يبق الا الاجابة الى القلع فحينئذ يترجح هذا بانحصار وصول الحق الى مستحقه فيه اذ من ظلم لا يحل ان يظلم فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع اياه وعدمه اذ لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه واحتمال المنع لاستلزامه اضاعة المال المنهي ضعيف اذ المنهي عنه الاتلاف الذي لا يتعلق به غرض للعقلاء اما اذا تعلق به غرض صحيح فلا فظهر الوجه في استحقاق الغاصب القلع وان نقص الثوب اذ لا طريق الى التخلص سواه والنقص ينجبر بوجوب الارش (وفيه) ان طريق التخلص ان يجبر الغاصب عَلَى اخذ قيمة الصبغ ان بذلها المالك وقد مال اليه المحقق الثاني فيما ياتي وجبر المالك بالارش عَلَى ما تقولون ليس باولى من جبر الغاصب بالقيمة بل هو اولى لانه كما ان وقوعه عدوانا لا يقتضي اسقاط مالية الغاصب فله التصرف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لا يقتضي نفي سلطان المالك عن ملكه فله ان يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع وحيث تعارض الحقان فالترجيح لجانب المالك لعدم تقصيره وجبر مظلمته وتداركه مال الغاصب بقيمته واما الغاصب فعاد ظالم مكلف باشق الاحوال لا حرمة لسلطانه كما لاحرمة لفعله الذي له اجرة ونحوه ولا سيما اذا استلزم ذلك نقصا او عيبا في مال المالك كما هو المفروض فكانت مراعاته وتداركه لملك الغاصب بالقيمة اولى من مراعاة الغاصب وجبره لنقصان مال المالك بالارش (قال) في المختلف من العجيب ايجاب التمكين عَلَى المالك من اخذ الصبغ وان تعيب الثوب (ثوبه خل) وعدم قبول عوض الصبغ منه واجبار الغارس المستعير الارض عَلَى اخذ قيمة الغرس من المالك اذا دفعها مع ان المالك هنا اذن في الغرس ولا ضرر عليه ولا عَلَى ارضه في اخذ الغرس والمالك هنا لم ياذن له في الصبغ وعليه ضرر في اخذه من ثوبه وهذا منه الزام للشيخ ومن وافقه عَلَى اجبار الغارس المستعير (قوله) سواء هلك الصبغ بالقلع عَلَى اشكال اولا فان تعيب الثوب ضمن ارشه ظاهره ان الاشكال في ما اذا هلك الصبغ سواء نقص الثوب ام لا وفي الايضاح انه في هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب قال و ينشأ من النهي عن اضاعة المال ومن انه طلب عين ماله ولا ضرر عَلَى المالك فلا يمنع وقد عرفت ان الشرط قد طفحت به عباراتهم (قوله) ولو طلب احدهما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول اذا كان الغاصب الطالب فلا اجد خلافا في عدم وجوب اجابته عَلَى المالك نعم قد احتمل ذلك في الكفاية ولم يحتمله غيره من الخاصة والعامة (واما) العكس فالمشهور كما في جامع المقاصد انه لا يجب عَلَى الغاصب القبول و به صرح في المبسوط وغيره وفي الكفاية انه الاشهر وهو قضية كلام كل من قال انه لو طلب الازالة اجيب اليها وقد سمعت كلام ابي علي والمصنف في المختلف والمقداد وما حكيناه عن الاستاذ وابن

وكذا لو وهبه اياه ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة الا ان قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وبالعكس اذا انتقص السوق في غير مضمون (متن)

اخته وهو الذي اعتمده في التذكرة اذا كان لا يمكن فصل الصبغ ولا يحصل منه شيء مستندا الى انه لا ذريعة الى تصرفه في ثوبه الا بدفع قيمة الصبغ (وفيه) انه يحتمل حينئذ ان يكون كقصارة الثوب كما تقدم (قوله) وكذا لو وهبه اياه = اي لو وهب احدهما ماله لصاحبه لم يجب عليه القبول وقد صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة بان الغاصب اذا وهب الصبغ للمغصوب منه لم يجب عليه القبول وفي جامع المقاصد لا احسب فيه خلافا للاصل ولما فيه من مظنة النقص والمنة وليس كبذل القيمة واحتمل في التذكرة وجوب القبول ولعله جيد اذا لم يمكن الفصل لانه يكون كالسمن والقصر ومنه يعلم الحال فيما اذا وهب المالك الثوب للغاصب (قوله) ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس = يريد انه لو رغب الغاصب في بيع الصبغ على الغير لم يجبر المالك على موافقته وان رغب المالك في بيع ثوبه اجبر الغاصب كما هو خيرة التذكرة والمسالك والروضة (اما الاول) فلانه لو اجبر المالك نافى مقتضى الحكمة والشرع فانه لا يستحق المتعدي بتعديه الاضرار بغير المتعدي وازالة ملكه عنه قهرا (واما الثاني) فلانه لو لم يجبر الغاصب اضر بالمالك لان بيع الثوب وحده مظنة قلة الراغب فيه لمكان عيب الشركة فيفضي الى عسر البيع وقلة القيمة وهو قوي متين قد بان وجهه مما سلف انفا وهو مما يرشد الى قوة القول باجبار الغاصب على اخذ القيمة اذا بذلها المالك ونعم ما قال في جامع المقاصد في المقام ان ذلك لا يكاد يتجه على القول بعدم تملكه ماله بالقيمة اذا لم يرض لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضا (فان قيل) فيه جمع بين الحقين ودفع للضرر عن المالك (قلنا) في الاول اي اجبار الغاصب على اخذ القيمة اذا بذلها المالك نقول هكذا (فان قيل) الضرر هنا اقل اذ تعين اخراج الملك عنه لمالك معين ضرر (اي بخلاف ما اذا اراد بيعه على غير معين منه) (قلنا) هو مقابل بضرر المالك فان منعه من التصرف في ملكه الى ان يرضى الغاصب في امر تعدى عليه به ضرر عظيم وبالجملة فقول المختلف لا يخلو من وجه انتهى (هذا) وقد يلوح للمتامل المتدرب من كلام المبسوط والشرائع والتحرير والدروس انه لا يجبر الغاصب على البيع الى الغير اذا رغب فيه المالك ولا ترجيح في الكفاية واحتمل فيها ايضا ان لا يجبر احدهما على موافقة الاخر لمكان الشركة وان يجبر المالك للغاصب تسوية بين الشريكين وهذان اضعف وجوه الشافعية (قوله) ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة الا ان قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة = يريد انه لو صار الثوب يساوي سبعة والصبغ ثلاثة بعد ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة وبيعا معا فللمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها وللغاصب ثلاثة هي خمس العشرة وعشرها لان الحكم يتعلق بما صارت القيمة اليه ولا اثر للخمسة بعد تغير السوق (قوله) ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها = وهما ثمانية وخمسان من اثنين لانا نقسط القيمة باعتبار استحقاق كل منهما من عشرة وقد كان للمالك منها نصف وخمس وهما سبعة كما تقدم (قوله) وللغاصب خمس وعشرها = وهما ثلاثة وثلاثة اخماس من اثنين لانه قد كان له من العشرة خمس وعشر (قوله) وبالعكس اذا انتقص السوق في غير مضمون = اي لو انعكس الامر كان انخفض الثوب الى ثلاثة وارتفع الصبغ الى سبعة وقد كانت قيمة كل منهما خمسة فانه ينعكس الحكم المذكور لان نقص السوق غير مضمون اذا لم يستند الى نقص في

ولو مزج الزيت بزيته المساوي او الاجود تشاركا وبالاردى يتخير المالك في المثل
والعين مع الارش [متن]

العين او صفاتها وقد ذكرت هذه المسائل جميعها في التحرير وجامع المقاصد والروضة واشار اليها في المسالك
وقد تقدم لنا مثل ذلك (قوله) ولو مزج الزيت بزيته المساوي او الاجود تشاركا (اما) انهما يتشاركان
فيما اذا مزجه بالمساوي فهو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والمختلف والارشاد والدروس وغاية المراد
وجامع المقاصد وفي المسالك نسبته الى الاكثر وفي مجمع البرهان انه ظاهر لان عين مال المالك موجودة في
الجملة غايته انها ممتزجة بغيرها وذلك لا يخرجها عن ملكه ولان في اثبات الشركة ايصال المالك الى بعض
حقه والى بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب فكان اولى من ايصاله الى بدل الكل وقال في السرائر
انه كالمستهلك ان شاء الغاصب اعطاه من زيته المخلوط وان شاء اعطاه من غيره مثل زيته وقال انه هو
الذي تقتضيه اصول المذهب لان عين الزيت المغصوب قد استهلك لانه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك
(قلت) هذا التخيير راجع الى ضمان المثل ورده في التذكرة بان ذلك لا يوجب خروجها اي العين عن ملكه
كما لو اختلط المالان بغير اختيارهما او برضا المالكين وبانه لو غصب رطلا من هذا ورطلا من هذا
وخلطهما وجعلناهما بذلك هالكين للزم انتقال الملك فيهما الى الغاصب وذلك تملك بمحض التعدي (واما)
تشاركهما اذا خلطه بالاجود فهو خيرة التذكرة والارشاد والمختلف والدروس وجامع المقاصد وقد حكاه
ابن ادريس والمحقق عن بعض اصحابنا فيكون به قائل من المتقدمين وصريح الدروس وكذا المختلف
وجامع المقاصد انه يقسم بينهما وان كان مال الغاصب اجود ولا ترجيح في الشرائع والمسالك ومجمع
البرهان والكفاية (وقال) في المبسوط ان الغاصب بالخيار بين ان يعطيه من عينه او مثله من غيره فان باعه
قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين والصحيح ان هذا كالمستهلك فيسقط حقه من العين ويصير في ذمة الغاصب
لانه قد تعذر ان يصل الى عين ملكه بعينها فاذا انتقل الى الذمة يكون الغاصب بالخيار بين ان يعطيه
من عينه فيلزمه قبوله لانه قد تطوع بخير من زيته لا لانه اعطاه عين ماله وبين ان يعطيه مثله من غيره
انتهى ونحوه ما في السرائر وهو خيرة التحرير (حجة المتاخرين) ومن وافقهم ممن تقدم كما تقدم ان الزيادة
الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب او عنده عدوانا فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما لو صاغ
النقرة وعلف الدابة فسمنت وعلم العبد صنعة والغاصب بغصبه ادخل الضرر والتكليف الزائد على
نفسه مضافا الى ما تقدم في المزج بالمساوي وقد يكون المراد من قوله في التذكرة والارشاد تشاركا انه انما
يشاركه في اصل المال لا في الزيادة فيكون الشان في ذلك كما هو الشان فيما اذا انهال صاع رجل قيمته درهم
على صاع اخر قيمته درهمان فانهما يتشاركان ويباعان اذا تعاسرا ويقسم الثمن بينهما اثلاثا وان ارادا
قسمة عين الزيت على نسبة القيمة ففي التذكرة الاقرب عندنا الجواز لان القسمة ليست بيعا عندنا وفيه انها
في هذه الصورة كانها بيع لانه يكون اخذ ثلثي صاع في مقابلة صاع وهو ربا فتامل وانما خصصنا التذكرة والارشاد
لانه لم يصرح فيهما كغيرهما بانه يشاركه في الصفة (وحجة الشيخ) وجوابها يعلمان ايضا مما تقدم وكانه في جامع
المقاصد لم يلحظ السرائر ولا المختلف ولا غاية المراد حيث قال في الرد على الشيخ وابن ادريس ولو ثبت ما قالاه في
الاجود لورد مثله في المزج بالمساوي وانت قد عرفت ان ابن ادريس يجعلهما من سنخ واحد (قوله) وبالاردى
يتخير المالك في المثل والعين مع الارش كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والروضة وهو
(احد القولين) في المسئلة وقد حكاه في الشرائع عن بعض اصحابنا (والثاني) انه انما يضمن المثل لانه
كالمستهلك وهو خيرة المبسوط والسرائر والارشاد والدروس واللمعة ومجمع البرهان (ووجهه) انه في
حكم استهلاك العين لاختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب وهو ادون من الحق
فلا يجب قبوله فينتقل الى المثل فتامل (ومنه) يعلم وجه الشق الاول في القول الاول (واما) وجه الشق الثاني

ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف وعليه المثل ومزج الحنطة بالشعير ليس باتلاف بل يلزم بالفصل والالتقاط وان شق ولو استدخل الخشبة المنصوبة في بنائه الزم بالعين وان ادى الى الهدم (متن)

فهو ان حقه لايسقط بالكلية بفعل الغاصب مع امكان التوصل الى البعض والنقص في الخليط يجب جبره بالارش فانه مقدمة الواجب (وفيه) انه يلزم حينئذ الربا ان كان ربويا كما فيما نحن فيه لانه ثبت في كل معاوضة عند جماعة كما تقدم وظاهر الشرائع حين نقل هذا القول انه يأخذ العين بغير ارش ولم يرجح فيها ولا في المسالك ولا الكفاية واحدا من القولين ولو رضي المالك بدون حقه منه لزم الغاصب دفعه ولو اتفقا على ان يأخذ اكثر من حقه من الردي ودون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا الا ان يكون ذلك بعقد الصلح ويجوز العكس فيأخذ دون حقه من الردي واكثر منه من الجيد اذ لامقابل للزيادة وانما هي تبرع والاولى الصلح في الجميع (قوله) =*﴿ ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف وعليه المثل ﴾*= كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والروضة وفي الكفاية انه اشهر لانه تالف لبطلان فائدته وخاصيته بخلاف الجيد مع الردي المتفقين في الجنس واحتمل في التذكرة قويا ثبوت الشركة كما لو مزجاه بالرضا او امتزجا بانفسهما ولعله لان اسقاط حقه من العين مع وجودها بعيد الا انه يشكل على تقدير القسمة الاجبارية فانا نكون قد حتمنا على المالك اخذ غير المثل ان كان الطالب هو الغاصب او كلفنا الغاصب بغير المثل في المثلي ان كان الطالب المالك وكلاهما خارج عن قواعد الغصب لكنه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب (قوله) =*﴿ ومزج الحنطة بالشعير ليس باتلاف بل يلزم بالفصل والالتقاط وان شق ﴾*= كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة واللمعة والمسالك والروضة وهو قضية كلام الدروس وغيره ووجهه ظاهر ان امكن وان طال الزمان وان لم يمكن تمييز الجميع وجب تمييز ما امكن والذي لا يمكن تمييزه يقسم ان كان مال الغاصب اعلا قيمة او مساوياً وان كان ادون ضمن المثل كما هو قضية التقييد بالامكان في التذكرة وعليه نبه في التحرير والدروس ولاتغفل عما مر انفاً وكذلك الحال فيما اذا اتحد الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء (قوله) =*﴿ ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه الزم بالعين وان ادى الى الهدم ﴾*= كما في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك بل لا خلاف فيه الا من الكوفي وتلميذه الشيباني فانهما قالا انه يملكها ولا يجب عليه رد الساجة ويلزمه قيمتها (ووجه) ما عليه الاصحاب وجمهور العامة واضح لانه بنى على ملك الغير ظلما وعدوانا فيجب رده فورا فكيف يزول به ملك المالك فاذا استخرجها وجب عليه رد اجرتها من حين الغصب الى حين الرد وان نقصت لزمه ارش النقص ولو بلغت حد الفساد على تقدير الاخراج بحيث لايبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها وهل يجبر حينئذ على اخراجها وجهان وفي المسالك ان ظاهرهم عدم الوجوب وانها تنزل منزلة المعدومة (قلت) قد صرح به في المبسوط والدروس ويظهر ذلك من جماعة في مسئلة الخيوط كما يأتي ولو قيل بوجوب اخراجها واعطائها المالك كان جيدا وان جمع بين القيمة والعين ولما كانت العين في حكم المعدومة في هذا المقام وما بعده لانه لايمكن ايصالها الى مالكها كما هي لم يعتبروا القيمة للحيلولة واخذ اجرتها كما قالوه في العبد كما تقدم ﴿فرع﴾ قال في المبسوط اذا خاف وقوع حائط جاز له ان يأخذ جذع غيره بغير امره فيسنده بلا خلاف وفي الشرائع والمختلف في دعوى الاجماع نظر لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يكون سائغاً واقتصر المصنف فيما يأتي على نسبة الحكم الى القيل وظاهر الدروس موافقته والعمل به قال نقل الشيخ فيه الاجماع وحينئذ فالاقرب ضمان عينه واجرته وان انتفى الاثم ولعله لاوجه للمناقشة له وقولهم ان لاموافق له وهو متجه مقطوع به فيما اذا خيف وقوعه على نفس محترمة بحيث لايندفع الا به لجواز اتلاف مال الغير لحفظ

ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه ان كانت على الساحل او كان اللوح في اعلاها بحيث لا تغرق بقلعه وان كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان تخرج الى الساحل ان كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب ولو كان له فالاقرب العين ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان (متن)

النفس فاتلاف منفعته اولى وهذا مراد الشيخ وهو اجماعي بين المسلمين وبه يشعر تعليله حيث قال ان مراعاة المصالح الكلية اولى من الجزئية مع التعارض وما كان ليريد ذلك بدون ذلك مع دلالة العقل والنقل على المنع من التصرف في مال الغير بغير اذنه بدون حفظ النفس ولعله لما كان ظاهره نفي الخلاف بين المسلمين سموه اجماعا (قوله) =*﴿ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه ان كانت على الساحل او كان اللوح في اعلاها بحيث لا تغرق بقلعه﴾*= الوجه في ذلك كله واضح لانه يخاف من النزع اهلاك نفس محترمة ولا مال فكان حينئذ كالبناء ولذلك ترك القيدين في الشرائع وان كان نص على الجميع في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك وخلاف ابي حنيفة اتـهنا (قوله) =*﴿وان كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان تخرج الى الساحل ان كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب﴾*= كما هو صريح التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر غيرها وفي مجمع البرهان انه لا خلاف في ان حفظ النفس مقدم على رد المال (والمراد) بالحيوان المحترم ما لا يجوز اتلافه مطلقا او بغير الذبح وحينئذ فلا فرق بين الادمي وغيره ولا في غيره بين ان يكون للغاصب ام لغيره لاحترام روح الحيوان كما سياتي من الخبر النبوي كما هو ظاهر الكتاب وصريح التذكرة وجامع المقاصد والمسالك (ولا) فرق في مال غير الغاصب ومن لا يعلم ان فيها لوحا مغصوبا غير الحيوان بين نفس السفينه او غيرها لاحترام مال الغير اذا لم يكن عالما فيجمع بين الحقين بدفع القيمة فاذ استرجع اللوح رد القيمة واما الواضع ماله فيها بعد علمه بالغصب فكالغاصب كما في الكتب الثلثة واحتمل في الايضاح في اصل المسئلة اخذ العين لانها وضعت بغير حق فيثبت جواز انتزاعها والا لجاز دوام الغصب شرعا وهو محال وهو ضعيف كما في جامع المقاصد (قوله) =*﴿ولو كان له فالاقرب العين﴾*= كما هو خيرة التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد وهو قضية اطلاق الخلاف والشرائع وفي المسالك نسبته الى صريح الاكثر لان دفع المغصوب الى المالك واجب على الفور ولا يتم الا به وقد ادخل الضرر على نفسه بعدوانه على انه لا يناسبه التخفيف (واختير) في المبسوط والتذكرة وظاهر كلام السرائر انه لا ينزع لان السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر الى انتهائه الى الشط فتوخذ القيمة للحيلولة الى ان يتيسر الفصل ورد اللوح مع ارش النقص ان نقص وتسترد القيمة جمعا بين الحقين ولا كذلك الساجة في البناء فانه لا امد لها ينتظر فافترقا وقد وسمه في جامع المقاصد بالضعف والتضعيف ضعيف اذا استلزم القبح والضرر الفاحش مع امكان الجمع بين الحقين كما جرز ذلك في باب وجوب المقدمة فليتامل جيدا ولا ترجيح في المسالك (وعلى) الاول فقد قال في التذكرة لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب ولم يوقف على اللوح الا بفصل الكل في جوازه اشكال وللشافعية وجهان وفي المسالك اجودهما ذلك لتوقف الواجب عليه وفيه ما عرفت انفا من ان ذلك اذا لم يستلزم قبحا او ضررا فاحشا فليتامل جيدا لمكان العجب والقولان اتيان في مال العالم بان فيها لوحا مغصوبا (قوله) =*﴿ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان﴾*= كما في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو معنى قوله في التذكرة الحكم فيه كالحكم في البناء على الساجة والوجه فيه ظاهر مما مر كالوجه في انه يضمن ما يحدث من نقص ان اتفق وقد نص عليه في الكتب المذكورة

ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة الا مع الامن من التلف والشين ولو مات المجروح. وارتد ففي النزع اشكال من حيث المثلة [متن]

وفي حكم الثوب ما كان نحوه (قوله) —*﴿ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة﴾*— كما في الشرائع والتحرير والمسالك ومجمع البرهان ولا تخرج بذلك عن ملك المالك فيجب اخراجها لو طلبها وان لم يبق لها قيمة كما في جامع المقاصد والمسالك ويجمع له بين العين والقيمة كما مر من ان جناية الغاصب توجب اكثر الامرين ولو استوعبت القيمة اخذها ولم يدفع العين ولكن ظاهر التذكرة والشرائع والتحرير وصريح المبسوط ومجمع البرهان انه لا يجب اخراجها بل قال في الاخير بل يمكن ان يقال انه لا يجوز ومعناه وان طلبها المالك وحينئذ فيمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخيط بها اذ لا غصب فيه يجب رده كما قالوا انه يجوز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد الغسل وقبل المسح (قوله) —*﴿وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة الا مع الامن من التلف والشين﴾*— قد صرح بالحكم في المستثنى منه في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لمكان حرمة ذي الروح وفي المستثنى في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وعليه نبه في التحرير ومجمع البرهان لوجوب الرد على الفور وانتفاء المحذور (وتحرير المقام) ان يقال اذا خيط به جرح حيوان فهو اما محترم او غير محترم وكل منهما اما ادمي او غيره فالادمي المحترم سواء كان هو الغاصب ام غيره اذا كان جاهلا بغصب الغاصب له اذن له ام لم ياذن حتى خيف من نزعه هلاكه او غيره من المحذور المجوز للتيمم من مرض او شين لم ينزع وعلى الغاصب قيمته وان كان الذي خاط الغاصب جرحه به عالما بالغصب آذنا بالخياطة فوجهان اجودهما ان القيمة على الغاصب المباشر للاتلاف والمجروح لا يصير بالاذن مباشرا وبه قال او اليه مال في جامع المقاصد وظاهر التذكرة التأمل فيما اذا كان جاهلا بالغصب لكنه اذن حيث جعله كما لو اطعم المالك طعام نفسه جاهلا (واما) الادمي الغير المحترم كالمرتد عن فطرة فالاقرب كما في التذكرة والايضاح انه يجب اخراجه وان خيف منه التلف وبه جزم في التحرير وهو في محله وتوقف فيه في جامع المقاصد كالمصنف كما ستسمع وكذلك الحال لو طرأت الردة على الخياطة وحكم الحربي حكم المرتد نص عليه في التذكرة واستشكل في الزاني المحصن والمحارب ولعله لان حدها وظيفة الامام ونوابه وان كانا غير معصومي النفس ويزيد المحارب انه على القول بالترتيب لا يقتل في بعض الاحوال وان كان محاربا (واما) غير الادمي المحترم فان كان غير ماكول اللحم فالحكم فيه كالادمي لانه لا ينتفع به مع ذبحه ومنه كلب الصيد والزرع والماشية كما ياتي وان كان ماكول اللحم لغير الغاصب فكذلك لاحترام روحه وان كان للغاصب فظاهر الكتاب والمبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وصريح المسالك وكذا التذكرة انه كذلك لان للحيوان حرمة في نفسه ولهذا يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه فاذا لم يقصد بالذبح الاكل منه منع منه وقد روي انه (ص) نهى عن ذبح الحيوان الا لاكله وهو اظهر قولي الشافعي والقول الآخر انه يذبح ويرد الخيط لانه جائز الذبح وكانه قال به المولى الاردبيلي قال وما يجوز اتلافه مثل الحيوان الذي قد هيء للذبح والاكل مثل غنم مسمن فانه ينزع ويرد الى مالكه وقد لا يكون مخالفا ولا ترجيح لاحد الوجهين او القولين في جامع المقاصد حيث قال كل محتمل (واما) غير الآدمي الغير المحترم كالكلب العقور والخنزير فانه ينزع منه من غير مبالاة كما في المبسوط وغيره ونص في التذكرة على ان كلب الصيد والماشية والزرع لا يجوز النزع منه قال وبه قال بعض الشافعية (قوله) —*﴿ولو مات المجروح او ارتد ففي النزع اشكال من حيث المثلة﴾*— المنهي عنها ومن وجوب رد الملك الى مالكه وقد عرفت الحال في المرتد والمحقق الثاني متوقف فيهما وفي الايضاح ان الاولى فيهما انه يجب النزع وما زاد في الدروس على قوله ولو مات الحيوان قيل لا ينزع للنهي عن المثلة ولم يتعرض للمرتد

ولو ادخل فصيلاً في بيتهِ او ديناراً في محبرتهِ وعسر اخراجهُ كسر عليهِ وان نقصت قيمتهُ عنها ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الارش سواء كان بفعله او لا (متن)

﴿فرع﴾ هل يجوز غصب الخيط ابتداء ليخاطبه الجرح اذا لم يوجد خيط حلال قال في التذكرة الوجه ذلك في كل موضع لايجوز فيه النزع وكل موضع يجوز فيه النزع لا يجوز (قوله) ﴿ولو ادخل فصيلا في بيته او ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وان نقصت قيمته عنها﴾ اذا ادخل فصيلا بيته بتفريط منه عمدا او سهوا اوبظن انه له ولم يمكن اخراجه الا بنقض الباب نقض الباب ولاغرم على صاحب الفصيل لانه لم يوجد منه عدوان ووجهه ظاهر كما في مجمع البرهان وفي المسالك انه لااشكال فيه وقد نص عليه في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ولا فرق في ذلك بين كون الفصيل انقص قيمة من نقض الباب وهدمه اولا وكذلك الحال لو ادخل ديناراً في محبرته كذلك اعني عمدا او سهوا او غلطاً وعسر اخراجه بمعنى انه لم يمكن الا بكسر المحبرة فانها تكسر وقد نص على ذلك في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد (قوله) ﴿ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الارش سواء كان بفعله اولا﴾ اي ولو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت والمحبرة غرم صاحب الفصيل والدينار ارش نقض الباب وكسر المحبرة سواء كان بفعله ام بفعل غيره كأن ادخله ظالم اودخل بنفسه وقد نص على ذلك كله في مسئلة الفصيل في المبسوط والكتب الخمسة التي ذكرت بعده آنفا لانه انما نقض لتخليص ملكه وفي مجمع البرهان ان الوجه في ذلك ظاهر وفي المسالك انه لااشكال في ذلك اذا كان بفعله بغير اذن صاحب البيت وان كان بغير فعله اوباذنه فالمشهور ذلك (قلت) ماخالف فيه احد ممن تعرض له وانما خالف فيه بعض الشافعية قال لايضمن صاحب الفصيل شيئاً لانه لاتفريط منه وقد اخذه صاحب المسالك فقال ويشكل بان التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما بل هو الاغلب وقد تكون مختصة بصاحب الدار بان لايكون لصاحب الدابة حاجة الى اخراجها لصغرها او لعدم صلاحيتها للانتفاع بوجه من الوجوه وصاحب الدار يحتاج اليها في موضع الدابة عاجلا والغرض انتفاء التفريط (قلت) الظاهر ان الحكم في كلامهم مبني على الغالب من ان بقائه في الدار مظنة تلفه وهلاكه فيجب اخراجه على مالكه لمكان احترام نفسه فالمقصود بالقصد الاول اي اولا وبالذات خلاص الحيوان وحاجة صاحب الدار لموضع الدابة جاء بالتبع وحينئذ فاذ طلب ذبحه واخراجه قطعاً من دون نقض الباب اجيب اليه الا ان يفسد شيئا من الارض بالدم ويمنع المالك منه فلايجاب على ان لنا تاملا في اصل الحكم كما ياتي في مسئلة القدر وقال في التحرير في مسئلة ما اذا ابتلع الحيوان جوهرا ومسئلة الفصيل وما معه انه لو قال من عليه الضمان انا اتلف مالي ولا اغرم شيئاً فله ذلك (وفيه) انه اذا وجب عليه تخليص مال الغير في صورة التفريط وحفظ نفس الحيوان كيف يستقيم ذلك هذا وقد يكون ما في التحرير مختصاً بكلامه الاخير وهو ما اذا ابتلع الحيوان جوهرة فيوافق ما في التذكرة لانه قال فيما اذا ابتلع جوهرة كما حكيناه عن التحرير وقال فيما اذا ادخلت دابة رأسها في قدر الغير انه لا يجاب اذا قال انا اتلف مالي ولا اغرم شيئاً وقد نص على ذلك كله ايضا اي ما في الكتاب في مسئلة الدينار في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وقيد في الاخير بما اذا لم يكن صاحب المحبرة غاصباً للدينار ووجه القيد واضح لان الغاصب يجب عليه ايصال الملك الى مالكه وجميع المؤن عليه وهو جار ايضاً في صاحب البيت وانما يحتاج الى التوجيه ضمان صاحب الدينار ارش كسر المحبرة في صورة ما اذا وقع فيها من دون تفريط من احدهما فقد قالوا انه لتخليص ملكه وهما مشتركان في ذلك كما مر مثله عن صاحب المسالك (وقد يوجه) بان تركه يضر بصاحب المحبرة فاذا غرم صاحبه كسرها فلا ضرر على واحد منهما (وفيه) ان الضرر يندفع عنهما ايضاً بما اذا ضمن صاحب المحبرة الدينار وابقاه فيها من دون كسر لاحدهما كما لعله يفهم من كلام الدروس فيما ياتي ولا يجيء ذلك في صاحب البيت بالنسبة الى الفصيل لان

ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وامكن اخراجة بكسره هو كسر ولو ادخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فان كانت يد مالك الدابة عليها او فرط في حفظها ضمن وان لم تكن يده عليها فان فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلا كسرت ولا شيءُ له ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة لان ذلك لمصلحته (متن)

بقائه فيه يقضي بهلاكه ونفسه محترمة والجماعة قداطلقوا الكلمة كما عرفت (وليعلم) ان كلامهم في المقام يوافق كلامهم في باب الوديعة فيما اذا حمل السيل حباً الى ارض الغير وكلامهم في باب الديات فيما اذا دخلت دابته زرعه المحفوف بزرع الغير وقد ذكرنا هناك انه يلحظ الاكثر ضررا فيجبر الاخر على الازالة فان تساويا اجيب من بذل الارش واجبر الاخر فان تساويا او امتنعا فالقرعة ﴿ قوله ﴾ — ﴿ ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وامكن اخراجه بكسره هو كسر ﴾ — كما في جامع المقاصد وهو مفهوم كلام الدروس وستسمعه وفي كلام التذكرة ماينبه عليه ووجهه في الاول بوجوب ارتكاب اخف الضررين عند التعارض وقال هذا اذا لم يكن محبرة الغاصب وقضيته ان لا تفريط من صاحب المحبرة وبه يقيد اطلاق الكتاب ويكون المراد من كلامه الاول لما تضمن انه اذا لم يكن تقصير من صاحب المحبرة انها تكسر ويغرم صاحب الدينار ارشها اراد ان يبين هنا انه لو نقصت قيمته عن قيمتها وامكن اخراجه بكسره كسر وقضيته انه لو لم تنقص قيمته كسرت ولم يستبعد في جامع المقاصد كسر الدينار سواء زادت قيمته او نقصت لانه يقبل الصلاح والاصلاح بسرعة وسهولة اذ ليس الا تجديد السكة بخلاف المحبرة قال نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتجه كسرها وضمان الارش انتهى وهذا ايضا يقضي بانه لم يكن بتفريط صاحب المحبرة وقال في الدروس لو ادخل دينارا في محبرته وكانت قيمتها اكثر ولم يمكن كسره لم تكسر المحبرة وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه انتهى ومفهومه كما قلناه بل كلامه يدل عليه بالاولية ويحمل قوله ادخل على انه كان باذن مالك الدينار لكن يكون قوله مع عدم تفريط مالكه للايضاح فتأمل وقال في التذكرة لو غصب شخص دينارا فوقع في محبرة الغير بفعل الغاصب او بغير فعله كسرت ليرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها اكثر ضررا من تبقية الواقع فيها ضمنهُ الغاصب ولم تكسر ﴿ قوله ﴾ — ﴿ ولو ادخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فان كانت يد مالك الدابة عليها او فرط في حفظها ضمن وان لم تكن يده عليها فان فرط صاحب القدر بان جعلها في الطريق مثلا كسرت ولا شيء له ﴾ — كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو الذي اوجز في كلام الارشاد والدروس ولعله لما اراد في الشرائع المحافظة على كلام المبسوط مع اختصاره وقع في كلامه مسامحة لاتخل بالحكم (والمراد) بضمان صاحب الدابة على تقدير تفريطه ضمان القيمة ان لم يكن لمكسور القدر قيمة وضمان الارش ان كان لمكسوره قيمة لكنهُ في التذكرة فصل فقال ان كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها ووجب كسر القدر وضمن صاحبها ارش نقصان القدر وان كانت مأكولة اللحم فهل تذبح او يكسر القدر الاقرب ذبحها لانه ينتفع بلحمها فيقل الضرر على صاحبها وقال في الدروس لو كان كسرها اكثر ضررا من قيمة الدابة او ارشها احتمل ان تذبح الدابة وقضيته انها تذبح ولو كانت غير مأكولة اللحم ترجيحاً لاخف الضررين ولعل اطلاق الباقين لما تقدم من ان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي (ص) عن ذبح الحيوان لغير اكله فلا يجوز اتلافه لذلك مأكولا كان او غير مأكول فتأمل ﴿ قوله ﴾ — ﴿ ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة لان ذلك لمصلحته ﴾ — كما في المبسوط وجميع ما ذكر بعده عدى المسالك وقد سمعت احتمال الدروس قال في المسالك انه المشهور لكنه يشكل مع عدم التفريط تضمين

ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة ﴿ الفصل الثالث في تصرفات الغاصب ﴾ ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها (متن)

صاحب الدابة لان المصلحة قد تكون مشتركة وقد تكون مختصة بصاحب القدر او غالبة خصوصاً اذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمة فان حفظ القدر مصلحة لمالكها وقد تكون قيمة القدر او ارشه يزيد عن قيمة الدابة على تقدير اتلافها فالزام صاحب الدابة زيادة عن قيمة دابته بعيد وايضا فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر اوما يفوت منها وكون المقصود خلاص الحيوان لانه ذو روح لايتم مطلقاً لانه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه فيكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما في عدم التفريط انتهى وكل ذلك ليس بشيء في نظر الشيخ والجماعة واكثرالعامة خصوصا اذا كان الحيوان غير مأكول لان الحيوان حرمة في نفسه وقد نهى (ص) عن ذبحه لغير اكله كما تقدم وانما يذكرون ماتمسك به في المسالك احتمالا غير موصوف بقوة ولا قرب الا ماسمعتهُ عن التذكرة في مأكول اللحم نعم قال في جامع المقاصد في بيان وجه عدم الاشتراك في المصلحة كما يأتي ان فيه مافيه وفيه مافيه ومعنى اشتراكهما في المصلحة حيث تكسر القدر ان تخليص مايبقى من القدر بعد الكسر يحصل بالكسر فيشتركان في المصلحة فيكون الارش بينهما اما لو لم يبق لمكسور القدر قيمة فان الاتلاف يكون لمحض تخليص الدابة (والجواب) عن ذلك مثل ماتقدم في مسئلة الفصيل من ان مايبقى من القدر غير مقصود بالذات وانما المقصود اولاً وبالذات خلاص نفس الحيوان وما ذكره في المسالك في بيان الاشتراك في المصلحة واختصاصها بصاحب القدر لم يتضح لنا وجههُ لانهُ ان اراد بالمصلحة في قوله لان المصلحة المصلحة في التخليص بكسر او غيره كان فيه مالايخفى ولم يتجه قولهُ خصوصا الى اخره وان اراد المصلحة في الكسر كما هو صريح كلام الجماعة فليس هناك الا الاشتراك كما بيناه ولا يتصور اختصاصها بصاحب القدر ولا يصح قولهُ خصوصا فليلحظ ذلك فانه ربما دق ولو فرطا معا كسرت القدر ايضا وضمن صاحب الدابة لانهُ لمصلحته كما لو لم يفرط نص عليه في التذكرة وحكاه عنها في جامع المقاصد ساكتا عليه لكن في مجمع البرهان لو كان كلاهما مفرطين فلا ضمان (قوله) ـ﴿ ولو نقصت قيمتهُ لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة ﴾ـ اي بعد الزوال وهذا قد تقدم التنبيهُ عليه في اواخر الفصل الثاني عند قوله ولا يجبر المتجدد من الصفات ماخالفهُ من التالف وحكيناه هناك وحكينا عن المبسوط وغيره فيما اذا كان سميناً فهزل ثم سمن ان الثاني يجبر الاول وعن التذكرة وغيرها انهُ لايجبره وانهُ يضمن لان الثاني مال متجدد المالك والاول مال ذاهب والخلاف آت هنا فيقال أن العيب موجب للارش ولا دليل على سقوطه ونظر المصنف الى أن الاصل عدم الضمان ولا إجماع إلا في المتغايرين كما تقدم بيان ذلك كله وعنوان المسئلة أن الزائل هل ينجبر بالعائد أم لا

﴿ الفصل الثالث — في تصرفات الغاصب ﴾

(قوله) ـ﴿ ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد ﴾ـ هذا صريح في ان الرد ليس بحرام وان كان حينئذ غاصبا ظالما ضامنا لان التحريم يمتنع لكون الرد واجبا وبه صرح في جامع المقاصد وقد تقدم بيان ذلك عند قوله ويجب عليه الرد وحكينا عن جماعة في مثله كالزاني والداخل دار الغير غصبا والمرتد عن فطرة انهم قالوا ان كلا منهم مكلف بما لايطاق كما تقدم تفصيله هناك ثم انهُ لامعنى للاقتصار على الرد بل غيره مثلهُ مما يتعلق بحفظ العين كسقيها وعلفها وازالة مايضر بها (قوله) ـ﴿ فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها ﴾ـ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والمسالك ومجمع البرهان وكذلك جامع

اوعشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبة على الخلاف (متن)

المقاصد وفي شرح الارشاد لفخر الاسلام انه قوي مع انه قد اختير في التحرير وشرح الارشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد والمسالك في باب بيع الحيوان فيما اذا ظهر استحقاق الامة الموطوئة انه يغرم العشر مع البكارة ونصفه لامعها ومغايرة المورد لاتقدح مع اتحاد الطريق فليتأمل وهذا اذا لم يعقد عليها كما صرح به في جملة مما ذكر لان كل وطيء غير حرام كذلك موجب لذلك (قوله) ﴿ او عشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبة ﴾ هذا هو (القول الثاني) وقد حكاه في السرائر عن بعض اصحابنا وتبعه الجماعة ورده بانه ورد فيمن اشترى جارية ووطئها وكانت حاملا واراد ردها على بائعها فانه يرد نصف عشر قيمتها ولا يقاس غير ذلك عليه (قلت) قد اشار بذلك الى صحيحة ابن سنان قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لم يعلم بحبلها فوطئها قال يردها على الذي ابتاعها منه ويرد عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها والى حسنة عبد الملك بن عمرو في (كا) و (يب) عن ابي عبد الله عليه السلام قال ترد الحبلى وترد معها نصف عشر قيمتها . وقال في الفقيه وفي رواية عبد الملك بن عمرو انه يرد نصف عشر ثمنها . ومثلها خبر فضيل مولى محمد بن راشد وخبر سعيد بن يسار (وقد) روى الشيخ في الحسن بعبد الملك بن عمرو عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها قال يردها ويرد عشر ثمنها اذا كانت حبلى "وحمله" في التهذيبين على الغلط من الراوي او الناسخ باسقاط لفظ نصف ليطابق ماروا اولا (وقال) في الكافي بعد ان روى الحسنة الاولى وفي رواية اخرى ان كانت بكرا فعشر قيمتها وان لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها وقد استوفينا الكلام في مسئلة من اشترى الجارية ولم يعلم بحبلها في باب العيب بما لامزيد عليه وهو من متفردات الكتاب (وهذا القول) لم اجد من صرح به هنا الا المصنف في الارشاد والشهيد في الدروس (وقال) في مجمع البرهان كأن دليله الجمع بين الاخبار بحمل العشر على البكر ونصفه على الثيب قال ويؤيده ماقال في الكافي بعد نقل حسنة عبد الملك بن عمرو وفي رواية اخرى ان كانت بكرا فعشر ثمنها وان لم تكن بكرا فنصف عشر ثمنها وقال انت تعلم ضعف هذا الدليل لانه قياس مع استنباط العلة لعدم دليل عليه مع مافي اصله اذ روايات التفصيل غير ظاهرة المتن ولا نقية السند وقد احتمل في التهذيب في رواية عبد الملك الغلط من الناسخ بان يكون حذف النصف غلطا ثم قال ان هذه الرواية لو كانت مضبوطة لجاز حملها على من يطأ الجارية مع العلم بانها حبلى فحينئذ يلزمه عشر قيمتها عقوبة وانما يلزم النصف مع الجهل (قلت) هذا تفصيل ما اشار اليه ابن ادريس (والاولى) ان يستدل لوجوب العشر بقول امير المؤمنين (ع) في خبر طلحة بن زيد اذا اغتصب الرجل امة فاقتضها فعليه عشر ثمنها فان كانت حرة فعليه الصداق وبما ارسله في المبسوط كما ستسمع وبالاخبار الواردة في النكاح المتضمنة ان من وطيء امة غيره بغير اذنه فعليه ذلك (ويستدل) على نصف العشر في الثيب بعدم القول بالفصل او يستدل بما ورد صحيحا في التحليل فقد سئل الصادق (ع) ارايت ان احل له جارية احل لاخيه مادون فرجها فغلبته الشهوة فاقتضها قال يغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا وان لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها (وبصحيح) الي صبيح في رجل تزوج امرأة فوجدها امة قد دلست نفسها الى ان قال (ع) ولمواليها عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها (وقد) نقلت الشهرة على هذا القول فيما اذا ظهر استحقاق الامة الموطوئة في خمسة كتب وحكي عليه الاجماع في الخلاف وظاهر ايضاح النافع وافتي به في عشرة كتب كما تقدم بيان ذلك كله مستوفى بما لامزيد عليه في باب بيع الحيوان وتعرضنا له في باب العيب والشروط والظاهر اتحاد الطريق (هذا) كله مضافا الى اخبار وطيء احد الشريكين الامة المشتركة فانها قد تضمنت العشر ونصفه فان من لاحظ اخبار هذه المسائل حصل له الظن القوي او القطع بانه يلزم الواطيء احد الامرين العشر او نصفه في وطيء كل مملوكة للغير

ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش والعشر (متن)

او مشتركة مطلقا حتى لو كانت هي الشريكة بان اعتق نصفها (وليعلم) انه قال في الدروس ولو وطئ الامة وهي جاهلة حداً وعليه المهر وهو العشر او نصفه على تقديري البكارة والثيوبة وقيل مهر المثل واختاره ابن ادريس وقصر العشر فيمن اشترى جارية فظهرت حاملا بعد وطئها فقد سمى العشر ونصفه مهرا وبذلك عبر فخر الاسلام حرفا فحرفاً ومعناه انه المستفاد من الاخبار وكلام الاصحاب فيكون ذلك هو المراد من هذه الاخبار فلا يصح الاستدلال بها على انه يجب للبكارة فيما اذا وطئ البكر شيء زائد وهو العشر فوق المهر الذي هو العشر كما سيأتي والى هذين القولين اشار المصنف بقوله على الخلاف وهناك (قول ثالث) اشار اليه في الشرائع بقوله وربما قصر بعض الاصحاب هذا الحكم على الوطىء بعقد الشبهة ونحوه ما في التذكرة ولم نظفر بقائله ومعناه ان الحكم بوجوب مهر المثل او العشر ونصفه مقصور على مالو وطئ الغاصب بعقد الشبهة بان توهم حلها بالعقد من دون اذن سيدها لان منفعة البضع لاتضمن بدونه كما يظهر في الزانية فلا يجب المسمى في العقد لفساده بل مهر المثل او مافي معناه لانه المقدر شرعا حيث بان فساد العقد (وفيه) ان عدم ضمان منفعة البضع بدون العقد ممنوع كما يظهر ذلك في وطئ الشبهة (قوله) ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش والعشر اختلف الاصحاب فيما لو كانت الجارية بكرا وافتضها بالوطئ في انه هل يدخل ارش الجناية بازالة البكارة في مهر المثل على القول به بان يوجب مهر امثالها بكرا وفي العشر على القول الاخر او يدخل في العشر ان قلنا به ولا يدخل في مهر المثل ان قلنا به على ثلاثة اقوال (الاول) انه يدخل مطلقا وهو خيرة التحرير لان البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر او العشر ويؤيد باعتبارها الواجب ولو وجب ارش البكارة منفردا لزم وجوب مهر ثيب لابكر كما لو افتضها باصبعه ثم وطئها فلا وجه للجمع بينهما وستسمع توجيه هذا القول محررا (الثاني) التفصيل المذكور وهو خيرة الدروس فيما نسب اليه في جامع المقاصد من الدخول على الاطلاق غير صحيح (والثالث) انه لايدخل مطلقا كما هو خيرة المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وبيع الروضة والسرائر على مافهمه منها في الايضاح وقد فهمه في المسالك من عبارة الشرائع وليس الامر كذلك كما يأتي بيانه في مسئلة ما اذا افتضها باصبعه (ووجهه) ان الوطئ استيفاء منفعة البضع وازالة البكارة جناية فلا يدخل احداهما في الاخرى وملاحظة البكارة في مهر المثل او العشر لاتقضي بالتداخل لان ملاحظتها من حيث ان وطئ البكر خلاف وطئ الثيب في الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطئ لاباعتبار الجناية فعلى هذا يجب للبكارة شيئ زائد فهو (اما) العشر كما هو خيرة المبسوط وحدود النهاية والشرائع والارشاد والكتاب وغيرها كما في كشف اللثام فيلزمه عشران كما يأتي بيان ذلك وقد قال في المبسوط بعد ان حكم بوجوب المهر فيما اذا كانا جاهلين فان كانت بكرا فعليه ارش البكارة وقيل انه عشر قيمتها رواه اصحابنا ولعله اشار الى قول امير المؤمنين (ع) في خبر طلحة بن زيد والى الاخبار الاخر في باب النكاح كما تقدم ذلك كله وقد عرفت مافهمناه من هذه الاخبار وانما جرينا بذلك على مافهموه وكذلك اولئك يستدلون في باب الحدود على العشر بخبر طلحة الوارد في الغصب من دون فرق بينه وبين غيره (واما) الارش نظرا الى نقص المالية كما هو خيرة حدود السرائر لدخوله في عموم الجنايات وانتفاء النص عليه بخصوصه (واما) اكثر الامرين من العشر والارش وهو خيرة المختلف على ماحكي وجامع المقاصد نظرا الى ماسبق من ان الواجب على الغاصب في الجناية التي لها مقدر اكثر الامرين فتكون الاحتمالات ثلثة لكن قول المختلف يرجع بالاخرة الى قول ابن ادريس فقول المصنف ويحتمل اشارة الى الاحتمال الثالث فيكون ممن يذهب الى عدم دخول ارش البكارة في الواجب بالوطئ من مهر المثل او العشر وان الواجب اكثر الامرين كما هو خيرته في المختلف وهذا هو الذي فهمه المحقق الثاني من العبارة وقال وتخيل انه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين وهم واحتج على

ومع العقد جاهلين الاكثر من الارش والعشر ومهر المثل ولو اقتضها باصبعه فعليه دية البكارة (متن)

بطلانه بامور ثلاثة لاحاجة لذكرها لوضوح الامر عندنا وقال ان كلام الشارح الفاضل لا يكاد يتحصل منه مايعول عليه وهو كذلك قال وكلام الشارح الاخر قاصر (ونحن نقول) ان القول بالتداخل هو الموافق لاصل البراءة وظاهر اخبار المسئلة في العشر ونصفه كما سمعت ومهر المثل حيث تضمنت ان كل وطئ موجب لذلك وانه عوض المنفعة ولم يذكر فيها بطرفيها شيء آخر وكذلك اخبار وطئ احد الشريكين على كثرتها والسكوت في مقام البيان دليل الحصر فيكون معناها بطرفيها ان الدخول الموجب لازالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا وكذا ويشهد لهم عدم تعرضهم لذلك في الحرة ومن البعيد على هذا ايجاب شيء آخر لمحض الازالة لانها نقص في المالية لان هذا النقص داخل في المهر والعشر وليس التفاوت بين الوطئين بمحض انه وطئ البكر بل ملحوظ فيه انها قد فاتت بكارتها واذا اخذها آخر لم يحصل لها الا مهر قليل لفوات تلك البكارة (وبالجملة) الاصل دليل قوي معتضد بظواهر اخبار الباب فالخروج عن ذلك يحتاج الى دليل متين وقد تعرضنا لكلام الاصحاب في باب بيع الحيوان من المقنعة الى الرياض ولم نجد احدا تعرض الى انه يجب للبكارة شيء زائد على المهر او العشر وكذلك باب العيب وباب الشرائط نعم تعرض لذلك في المسالك في وطئ احد الشريكين الامة المشتركة وفي الروضة في باب الرهن رددناه بنحو ماحررناه في المقام وخبر طلحة وما ضاهاه قد عرفت المراد منه فليلحظ ذلك جيدا (قوله) ومع العقد (جاهلين الخ) الاكثر من الارش والعشر ومهر المثل — هذه من صور المسئلة وذلك لان وطئ الغاصب الامة المملوكة المغصوبة لا يخلو اما ان يكونا جاهلين بالتحريم او عالمين او بالتفريق وعلى التقادير الاربعة اما ان يحبلها اولا وعلى التقادير الثانية اما ان يطاها مختارة او مكرهة ومع الجهل اما ان يطأها بعقد او بدونه وقد تقدم الكلام فيما اذا وطئها جاهلا بدون عقد وكلامه هنا فيما اذا وطئها مع العقد معتقدا كل منهما صحة النكاح ولا ريب ان الواجب حينئذ مهر المثل لانه دخل على لزوم المسمى بالوطئ وقد فات بفساد العقد فيجب مهر المثل اجماعا كما في جامع المقاصد (ويدفعه) خبر المدلسة التي زوجها ولي لها فانه اوجب لها العشر ونصفه مع العقد مضافا الى اطلاق الاصحاب كما مر ورواتي فاذا كانت بكرا فالاحتمالات ثلاثة (الاول) وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل كما مر دليله (والثاني) انه يجب مع ذلك العشر كما هو خيرة المبسوط وما وافقه او الارش كما هو خيرة السرائر (والثالث) انه يجب مع ذلك اي مهر المثل اكثر الامرين من العشر وارش البكارة لمكان الجناية بازالة البكارة وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد بناء على الاحتمال السابق من وجوب اكثر الامرين على الغاصب فعلى هذا يقرء قوله ومهر المثل بالرفع عطفا على الاكثر وهذا هو الذي يظهر من العبارة وهو الذي فهمه المحقق الثاني وقال قد فهم السيد الشارح من العبارة ان الواجب اكثر الامور الثلاثة والظاهر انه وهم لان الواجب بالعقد مهر المثل فلا يتصور وجوب العشر او الارش لو كان اكثر وهذا الفرع من متفردات المصنف في هذا الكتاب والا فالاصحاب اطلقوا العبارة فيما اذا كانا جاهلين بان عليه مهر امثالها او العشر ونصفه من دون تفصيل بين ما اذا كان عقد عليها ام لا (قوله) ولو اقتضها باصبعه فعلية دية البكارة — كما في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا المختلف غير ان في المبسوط والتحرير ارش البكارة وفي حدود النهاية والشرائع والكتاب والارشاد لزمه عشر قيمتها وفي الشرائع انه مروي ولعله اشار الى رواية طلحة وغيرها مما تقدم فليتأمل ونسبه في المسالك هناك الى الشيخ والاكثر وحكوا القول بالارش عن ابن ادريس كما تقدم بيان ذلك كله وفي جامع المقاصد يجب بالنسبة الى الغاصب اكثر الامرين واطلق في حدود المسالك استحبابا وجوب اكثر الامرين لان الارش على تقدير زيادته بسبب نقص حدث في المال بجنايته فيكون مضمونا ويوافقه ماحكيناه عن المختلف فيما تقدم ولعل المصنف فرض في غير الغاصب

فان وطئها مع ذلك لزمه الامران وعليه اجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها فان احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيا وارش مانقص من الام بالولادة ولو سقط ميتا فاشكال ينشأ من عدم العلم بحياته ومن تضمين الاجنبي (متن)

والا لكان ينبغي اكثر الامرين (قوله) ﴿ فان وطئها مع ذلك لزمه امران ﴾ اذا وطئها بعد ان اقتضها باصبعه لزمه ارش البكارة او ديتها او اكثر الامرين ان كان غاصبا ومهر المثل او نصف العشر كما قد سمعت ما في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا التذكرة والمختلف على اختلافهم في ذلك لانهما امران مختلفان فازالة البكارة جنايه والوطئ استيفاء منفعة البضع فلا يدخل احدهما تحت الاخر ومن عبارة الشرائع هنا فهم في المسالك انه ممن يذهب الى عدم التداخل فيما اذا اقتضها بالوطئ مع ان هذه العبارة عبارة التحرير ايضا وقد نسب اليه هو القول بالتداخل ولعله يذهب الى انهما من سنخ واحد (قوله) ﴿ وعليه اجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير وفي جامع المقاصد ان فيه شيئا لانه قد ضمن منفعة البضع المستوفاة ومراده انه يضمن اجرة مثلها في غير زمان الوطئ لانه قد ضمن منفعة البضع في وقته فلا بد من استثنائه من الزمان وقد تبعه على ذلك صاحب المسالك و(لعله) في غير محله لان المراد باجرة المثل ما يبذل اجرة في تلك المدة لامثال هذه الامة على الوصف التي هي عليه من قبول الصنعة الواحدة او الصنائع المتعددة التي من جملتها الصنعة العليا فيضمن حينئذ اجرة مثل الاعلى كما تقدم فيصير المراد انه يضمن اجرة غزلها لو كانت صنعتها الغزل من حين غصبها الى حين ردها واما منفعة البضع فلا تضمن بالفوات وليس له اجرة ولا يضمن الغاصب للجارية مهرا ولا عقرا وانما يضمن اجرة الخدمة الثابتة خاصة ان لم يكن لها صنعة اعلى منها وان لم يستخدمها فلم يتجه استثناء زمان الوطئ لانه قد ضمن منفعته في وقت الوطئ (سلمنا) وما كان ايكون فلم لا يكون مثل ما تقدم من ان الغاصب يؤخذ منه اجرة الدابة والثوب ونقص ما حصل فيهما وان كان ذلك انما حصل بسبب الاستعمال الذي اخذ اجرته فتامل جيدا (قوله) ﴿ فان احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيا وارش ما نقص من الام بالولادة ﴾ كما صرح بذلك كله هنا في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والدروس في الحكمين الاولين (وقد) حكي الاجماع على الحاق الولد به وانه حر في مسئلة ظهور استحقاق الموطوئة في باب البيع في المبسوط والخلاف وذلك لمكان الشبهة في المقامين (وخولف) في المقنعة والنهاية فحكم فيهما برقية الولد الا ان يرضيه الاب عنه بشيئ وهو شاذ (وجزم) في المبسوط وغيره هناك بان على الاب قيمته للمولى واستدللنا عليه هناك بالمرسل والموثق وهما منجبران (واستدللنا) على تقويمه رقا يوم سقوطه حيا بانه اول حالات انفصاله واول حالات امكان تقويمه لان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده وقلنا لايقوم حملا لعدم امكان تقويم الحمل (واما) وجه وجوب دفع ارش نقصان الام بالولادة فظاهر لاخلاف فيه كما في غاية المراد لانها مضمونة لمكان الغصب وسبب النقص كان منه (قوله) ﴿ ولو سقط ميتا فاشكال من عدم العلم بحياته ومن تضمين الاجنبي ﴾ الاصل في المسئلة ما قاله في المبسوط قال لو احبلها الغاصب جاهلا بالتحريم ثم ولدته ميتا لم يضمن الغاصب قيمة الولد لانه لايعلم كونه حيا قبل هذا ولانه ما حال بينه وبين سيده في وقت التصرف ولو ضربها اجنبي فالقت الجنين ميتا فعلى الضارب الضمان لان الالقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالبا بخلاف ما اذا سقط لنفسه لان الاصل الموت حتى يعلم غيره وقد استشكل الفرق المحقق في الشرائع والمصنف هنا وفي المختلف وفي غاية المراد انه ضعيف وغرضهم ان عدم العلم بحياته ثابت في المسئلتين فان كان موثرا في عدم الضمان فلا اثر للضرب (قلت) الشيخ يستند في الضمان في ضرب الاجنبي الى الاجماع كما يؤذن به كلامه في موضع من ديات المبسوط والى ما رواه اصحابنا كما في ديات

السرائر ولا يفرق بين كونه حيا وميتا والتعليل هنا تقريب لا انه علة لكن قد يرد عليه في حكمه بعدم
ضمانه اذا سقط ميتا لا بجناية ان يد الغاصب يد ضمان فينبغي ان يضمنه ايضا الا ان يقول انه لما كان
محكوما بحريته كان غير مضمون لان الحر لايدخل تحت ضمان يد الغاصب كما نبه عليه المحقق فيما يأتي
لكن ذلك يقضي بان لا ضمان على الغاصب ولا رجوع للمالك عليه وان وقع بجناية اجنبي مع ان المصنف
وغيره سيصرحون بان له الرجوع على الغاصب «ولعل» الوجه فيه انه اذا جنى عليه الجاني يكون قد فوت
على المالك قيمته لو ولد حيا وذلك كان تحت يد الغاصب فيضمنه «اي الغاصب» لمكان الجناية وتفويت
المال تحت يده لا لكونه تحت يده فقط ويستقر الضمان على الجاني وبعبارة اخرى ان عدم ضمانه الحر
وانتفاء دخوله تحت اليد انما يمنع من الضمان حيث لا جناية بان يسقط لنفسه واما اذا جنى عليه
اجنبي فالجناية مضمونة لا محالة وقد ادى الحال الى الغرم وسببه الغاصب «وفيه» ان المقتضي للضمان
في حق الغاصب هنا منتف اذ لاجناية منه واليد ليست سببا في ذلك كما هو ظاهر مع ان المفروض انه
حر لايد عليه فوجوب القيمة على الاجنبي لايستدعي الوجوب على الغاصب مع انتفاء سببه ويرشد الى ذلك
ما ذكروه فيما اذا غصب الجارية وباعها فوطئها المشتري فان جماعة منهم قالوا ان ليس للمالك ان يرجع بمهر
الجارية على الغاصب لان البضع لايدخل تحت اليد والغاصب لم يستوف منفعته واليد ليست سببا وانما يرجع
به على المشتري والمصنف سيستشكل في ذلك فيما يأتي والطريق في المسئلتين واحد لان البضع كالحر مع زيادة
هنا وهي ان الجارية مملوكة وسببية اليد هنا ممكنة فليلحظ فانه دقيق «لكن» الشيخ استند في هذا الباب
في عدم ضمان الغاصب له لو سقط ميتا لابجناية سواء كان جاهلا بحرمة الغصب والزنا او عالما الى عدم العلم
بحياته وهذا وحده ان تم في الجاهل وما كان ليكون لايتم في العالم لان الجنين محكوم برقيته قطعا فيكون
مالا صرفا كحمل البهيمة مضمونا على الغاصب سقط ميتا او حيا كما يأتي عن المحقق وقد وافق الشيخ في عدم
الضمان فيما نحن فيه المصنف في التحرير والشهيد في الدروس ولعلهما استندا الى عدم جنايته وعدم ضمانه باليد
لعدم تحقق حياته كما نبه عليه في الايضاح ولعل الاستناد الى انه محكوم بحريته فلا يضمن اولى «ثم» ان
قضية هذا التعليل انه لو علمت حياته بمضي اربعة اشهر كما هو المشهور او خمسة كما رواه الصدوق وسقط بعد
ذلك ميتا انه يضمنه والفرق غير واضح مع انهما يقولان بالضمان لو سقط بجناية جان علمت حياته او لا
وقد تقرر ان يد الغاصب يضمن بها كل مايضمن بجناية جان وهي قاعدة مقررة فلا بد لهما ان يرجعا الى
ما حررناه في توجيه كلام الشيخ فليتأمل الا ان تقول القاعدة في غير الحر «والضمان» هنا خيرة الارشاد
على الظاهر المتبادر من عبارته وجامع المقاصد والمسالك فيضمن دية جنين امة وقد يلوح ذلك من آخر
كلام الايضاح ولعلهم يستندون الى القاعدة المذكورة وذلك يقضي بان يد الغاصب يد ضمان وان حكم
بحريته وذلك يخالف القاعدة الاخرى وهي ان الحر لايضمن الا في ثلاثة مواضع اجماعا او يستندون الى
ان الظاهر انه كان حيا لانه لايكمل البدن الا مع الحيوة كما وجهه في مجمع البرهان وهو ايضا كما ترى
يخالف القاعدة الاخرى ثم ان الواجب مع العلم بالحيوة قيمته يوم سقوطه حيا لا دية جنين امة وهي عشر
قيمة امه «والذي اراه» ان كلامهم جميعا غير محرر في هذه المسائل الاربع وهي ما اذا سقط الجنين بجناية او
بدونها مع العلم او الجهل وذلك لان الذي صرحت به عباراتهم وافصحت به رواياتهم في باب الديات
ان جنين الامة اذا لم تلجه الروح او لم تعلم حيوته له مقدر شرعا وهو عشر قيمة امه وقت الجناية وان
ولجته الروح فقيمته يوم سقوطه حيا ومن المعلوم انهما اذا كانا عالمين بحرمة الزنا والغصب كان الجنين رقا
ومالا صرفا لمولى الامة وهو مضمون على الغاصب سواء سقط بجناية ام لا فحاله كحال حمل البهيمة
وان كانا جاهلين كان محكوما فيه بامرين بكونه حرا وبكونه نماء ملك المولى لانهم جزموا بان على
الاب قيمته للمولى يوم سقوطه حيا لانه نماء ملكه فان لحظنا الحرية قلنا يد الغاصب ليست يد ضمان وان

واما اذا وقع بجناية فالاقوى الضمان (متن)

لحظنا المالية قلنا بالضمان وان لم يجن عليه جان "ثم" ان الشيخ ذهب في موضع من ديات المبسوط الى انه اذا ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا انه يلزمه عشر قيمة امه ولا يفرق بين كونه حيا او ميتا وعليه بنى في هذا الباب وهو خلاف ماعليه الاصحاب لانهم يذهبون الى انه اذا علمت حيوته وسقط بجناية جان ميتا كان عليه قيمة مملوك حي وقد فهموا من عبارته التي سمعتها في صدر المسئلة في الفرق بين سقوطه ميتا لا بجناية وبين سقوطه بالجناية انه في الاول لم تعلم حيوته وفي الثاني ان حيوته معلومة وان الموت كان بسبب الجناية كما صرح بذلك الشهيد في غاية المراد وغيره كما هو قضية تعليله وقد عرفت انه تقريبي ولم يتنبهوا لمذهبه في الديات فوقع لهم في فهم كلامه ماوقع كما سمعت وستسمع في المسئلة الاتية وستسمع كلام المحقق فيما اذا كانا عالمين ومايؤيده وما يرد عليه (هذا) وقد استظهر في غاية المراد من عبارة الارشاد حيث قال ولو سقط ميتا فعليه الارش على رأي ان المراد ارش نقص الولادة ولعله غير متجه لوجوه منها ان ذلك لاخلاف فيه فلا يصح ان يرجع الرأي اليه "قوله" واما اذا وقع بجناية فالاقوى الضمان وفي الايضاح وجامع المقاصد انه الاصح وفي المسالك انه الوجه وقد جزم بالضمان في المبسوط والتحرير والدروس وهو لازم للارشاد قطعا وفي غاية المراد انه لاخلاف هنا في الضمان وفي مجمع البرهان الظاهر من كلامهم عدم الاشكال في ضمان الجاني ولكن قد صرح في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد بانه يضمن دية جنين امة وهو متجه على مذهب المبسوط وان علمت حيوته قبل الجناية وعلى المعروف بين الاصحاب ينبغي التفصيل بالعلم بالحيوة فقيمة مملوك حي يوم سقوطه وعدمها فقيمة جنين امة "وبقي الكلام" في الضامن فان كان مرادهم به الجاني كما هو ظاهر جامع المقاصد فلا معنى لقوله هو وولد المصنف انه الاصح ولا لقول المصنف انه الاقوى لانه لاريب في ضمانه لان المفروض انه وقع بجنايته وان كان مرادهم بالضامن اياه الغاصب حيث يكون الجاني غيره كما صرح به في الايضاح وهو ظاهر غيره صح قولهم الاصح والاقوى ومعنى ضمانه ان للسيد ان يرجع عليه ويستقر الضمان على الجاني "ووجه" ضمانه عندنا احد الامرين المتقدمين من التفويت وكونه تحت اليد او كونه تحت اليد فقط كما تقدم مع التأمل فيهما لكنا لانجد غيرهما "وقد" وجه الضمان على الاجنبي في جامع المقاصد في شرح عبارة الكتاب بما سمعته عن المبسوط من ان السقوط عقيب الضرب مسقط للولد وقد عرفت ان الوجه في ذلك عند الشيخ في الديات انه اما الاجماع او الروايات وعرفت انه لايفرق هناك بين كونه حيا وميتا وان كان ظاهر كلامه في الباب البناء على حيوته فلا يرد عليه ما اورده عليه في جامع المقاصد من الشك في الحيوة فلا اثر للضرب بل هو في غير محله كما ان جعل ذلك شرحا لبيان الضمان في عبارة الكتاب في غير محله لان هذا توجيه لضمان الجاني وكلام المصنف في ضمان الغاصب والا لما صح له ان يقول الاقوى "وقد" وجه في الايضاح احتمال عدم الضمان في كلام المصنف بعدم جنايته وعدم ضمانه باليد لعدم تحقق حيوته ولعل الاولى ان يقول لعدم ضمان الحر كما تقدم لكني لم اجدهم الموا بذلك سوى المحقق فانه نبه عليه فيما اذا كان عالما "وقد" فرق في غاية المراد بين ما اذا وقع بجناية جان وبين ما اذا سقط ميتا بان الجاني لو كان اجنبيا ضمن للغاصب دية جنين حر وذلك يقضي بحيوته فيضمن الغاصب للمالك استحقاقه على هذا التقدير "ورده" المحقق الثاني والمقدس الاردبيلي بانه لامعنى له وانه ليس بشئ لانه لو كان اصل عدم الحيوة مؤثرا لاثر على التقديرين "ونحن نقول" قد عرفت ان الفرق بين ضمان الغاصب هنا وعدم ضمانه هناك هو التفويت وعدمه وان الحر لايضمن وعرفت ان الفرق بين ضمان الجاني هنا وعدم ضمان الغاصب هناك مع عدم العلم بالحيوة على التقديرين الاجماع والاخبار في الجاني وانه مفوت مالا بالاخرة ولا كذلك الغاصب هناك مع ان الحر

ولو ضربها اجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حر وعلى الغاصب للمالك دية جنين امة ولو كانا عالمين بالتحريم فان اكرهها فللمولى المهر والولد والارش بالولادة والاجرة وعلى الغاصب الحد ولو طاوعته حدا وفي عوض الوطئ اشكال ينشأ من النهي عن مهر البغي ومن كونه حقا للمالك (متن)

لايدخل في الضمان «وفي» جامع المقاصد والمسالك ان الغاصب يضمن للمالك دية جنين امة سواء سقط بجناية ام لا لكن على تقدير كونه بجنايته يضمن للمالك دية جنين امة وللامام (ع) باقي دية جنين الحر «قلت» ليتهما بينا لنا الوجه في ضمان الغاصب اذا لم يسقط بجنايته «واما» وجه كون الباقي للامام (ع) فهو ان القاتل لايرث وامه رقيقة لاترث كما لو جنى الحر على زوجته فاسقط جنينها ولا فرق بين كون الجناية خطأ او عمدا فان الغاصب يضمن ذلك للمالك وان استقر الضمان على العاقلة (قوله) —﴿ ولو ضربها اجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب ديه جنين حر وعلى الغاصب للمالك دية جنين امة ﴾— كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وفي غاية المراد انه لاخلاف هنا في الضمان «ووجهه» ان الولد محكوم بحريته لمكان الجهل فيضمن الجاني عليه لابيه دية جنين حر ولما كان الغاصب ضامنا للمالك قيمته كان الواجب عليه للمولى دية جنين امة وما زيد في الدروس ومجمع البرهان على انه لو ضربها اجنبي فسقط فعليه الضمان وهو جيد جدا والا فالواجب على غير المبسوط التفصيل بالعلم بالحيوة وعدمه وقد صرح هنا في المبسوط بان على الغاصب للمالك عشر دية امه اي قيمة امه وهو متجه على مذهبه ويبقى الكلام في وجهه وقد تقدم هذا ولا يتوقف وجوب حق المولى على الغاصب على اخذه الحق من الجاني بل كل واحد من الحقين متعلق بذمة غريمه من دون توقف على الاخر (قوله) =﴿ ولو كانا عالمين بالتحريم فان اكرهها فللمولى المهر ﴾= او مافي حكمه اتفاقا كما في المسالك وبه صرحت كلماتهم من غير خلاف لانها غير بغي (قوله) =﴿ والولد والارش والاجرة ﴾= اي له الولد لكونه نماءها وهو غير لاحق بالغاصب لكونه ولد زنا وله ارش النقص بالولادة والاجرة كما صرح بذلك كله في المبسوط وبعض ماتأخر عنه وتركه الباقون لظهوره (قوله) =﴿ وعلى الغاصب الحد ولو طاوعته حدا ﴾= كما في المبسوط وغيره ويحد كل منهما حده (قوله) —﴿ وفي عوض الوطئ اشكال ينشاء من النهي عن مهر البغي ومن كونه حقا للمالك ﴾— يريد انه هل يجب المهر عوض الوطئ للمولى ام لا وقد استشكل فيه المصنف لقول النبي (ص) في الخبر المشهور لامهر لبغي وهو شامل لمحل النزاع ومن انها مال الغير وبضعها حق له فلا يؤثر رضاها في سقوط حقه كما لو اذنت في قطع يدها «والاول» هو المشهور كما في المسالك بل ظاهر الشهيد في غاية المراد ان المخالف نادر غير معروف حيث قال ونقل الشيخ نجم الدين عن بعضهم انه يلزم الغاصب عوض البضع وستعرف الذاهب اليه «وهو» اي الاول خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والايضاح وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك في الباب وبعض هذه في باب البيع والنكاح والرهن مع زيادة الدروس في باب البيع «وحجتهم» على ذلك بعد اصالة البرائة القطعية الخبر المذكور لثبوته عندهم بالتواتر او بالاجماع عليه لانهم ياخذونه مسلما والعموم فيه لغوي فلا يجوز حمله على فرد خاص وهو الجرة الا بدليل والمراد بالمهر المهر الذي يثبت بواسطة وطئها سواء كان المهر لها او لغيرها اعني مولاها كما هو الظاهر المتبادر فلا يصح ان يستند الى ان اللام تفيد الملكية او الاختصاص او الاستحقاق وجميع ذلك منفي عن الامة ولا ريب ان في عوض البضع شائبة التعبد فلا يثبت الا حيث يثبته الشارع ولم يثبته الا في

اما لو كانت بكرا فعليه ارش البكارة (متن)

النكاح الصحيح والشبهة وليس كسائر المنافع فان المولى لو رضي بوطئها على مهر لم يصح ولم يستحق شيئا الا مع العقد بخلاف سائر المنافع فلا تتحقق ما ليته مطلقا بل على وجه مخصوص « والثاني » خيرة التذكرة والمختلف وبيع الروضة ورهنها وكانه مال اليه في الدروس وهو ظاهر اطلاق بيع اللمعة وقوله في غاية المراد احتمله في المختلف يقضي بانه لم يلحظ اخر كلامه كما انه لم يلحظ التذكرة اصلا لان ذلك عوض المنفعة المالك لا مهر حقيقي فلا يتناوله الخبر ومن ثم لا يطلق على الامة اسم المهيرة بل على الحرة « قلت » قد طفحت عبارات الاصحاب في ابواب الفقه بمهر الامة وان لها مهرا وفي الاخبار انه يجوز ان يجعل مهرها عتقها ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها ولا يضرنا انها لاتسمى مهيرة ولا ترجيح في مجمع البرهان في المقام ولا في الكفاية في مثله في باب النكاح بل قد يلوح منهما موافقة المشهور « وقد » يستدل لهذا القول بفحوى الصحيح ارأيت ان احل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها قال لا ينبغي له ذلك قلت فان فعل ايكون زانيا قال لا ويكون خائنا ويغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا وان لم تكن فنصف عشر قيمتها فان ثبوت العوض هنا يقتضي ثبوته في الزنا المحض بطريق اولى وهو جيد لو كان نصا او ظاهرا في زنا الامة ولا دلالة له على ذلك وان ادعي ظهوره من جهة ترك الاستفصال فمع بعده وانه لا معنى للاولوية حينئذ ستسمع جوابه « وقد يستدل » عليه ايضا بفحوى الصحيح الاخر في الامة المدلسة نفسها مدعية انها حرة حيث تضمن ان عليه لمواليها العشر ونصف العشر « وفيه » ان الاولوية على تقدير تسليمها لاتقتضي ازيد من ثبوت نصف العشر مع الثيوبة والعشر مع البكارة وهو غير ثبوت مهر المثل حيث يزيد على ارش البكارة فليس فيها دلالة عليه بل ولا على المسمى في صورة ما اذا كان لها مسمى ويأتي تمام الكلام « وقد » قال بعضهم « ١ » في باب النكاح بعد ان ناقش في القول بان لها المهر والقول بان لاشي لها ان الاجود القول بمضمون الصحيحين فنحكم بالعشر مع البكارة ونصفه مع عدمها لامهر المثل فيما نحن فيه ولا المسمى في غيره لصحتها وعدم ظهور الفرق بين مانحن فيه وموردها مع مافيه من استلزام الثبوت في موردها الثبوت هنا بطريق اولى « وفيه » ان المهر للثيب انما هو نصف العشر على المختار المشهور كما تقدم فاذا قلنا انه يثبت لها نصف العشر لزمنا ان نقول بانه يثبت لها المهر نعم يتم هذا على القول بوجوب مهر امثالها بكرا كانت او ثيبا ويأتي تمام الكلام في المسألة الآتية (قوله) اما لو كانت بكرا فعليه ارش البكارة كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي شرح الارشاد لفخر الاسلام الاجماع عليه لانها جناية وكل جناية مضمونة على الغاصب بل ان غصبها بكرا فزالت بكارتها لعارض في يده لزمه قيمتها وان لم تكن بفعله ونحوه مافي مجمع البرهان وفي غاية المراد والمسالك انه لااشكال في ذلك لان ازالتها جناية عليها وليست كالوطئ وقضية كلامهم انها ان كانت ثيبا لم يضمن شيئا وبه صرح فخر الاسلام وقد سمعت تصريحهم فيما تقدم كما سمعت ماقيل من انه يخالف فحوى الصحيحين المتقدمين فالاولى ان يقال ان مورد الصحيح الاول غير مانحن فيه لانها ليست بغيا وليس نصا ولا ظاهرا في زناها كما هو ظاهر واما الثاني فكالاول لمن تأمل ليس نصا ولا ظاهرا في زناها لانه قد قال فيه الصادق « ع » وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما اخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمة ثمنها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها فقد تضمن نفي ثبوت المسمى الذي اخذته وثبوت المهر الموظف لها من العشر او نصفه لمكان الشبهة بتزويج الولي لها واعتقادها جوازه فقد

(١) هو شيخنا صاحب الرياض وغيره (منه قدس سره)

ولا يلحق به الولد فان مات في يد الغاصب ضمنه وان وضعته ميتا فاشكال (فالاشكال حل) كما تقدم وان كان بجناية جان ضمن جنين امة (متن)

ظهر الفرق وانتفت الاولوية وعلى تقدير الاستدلال بهذين الخبرين من جهة ترك الاستفصال فيهما او بخبر طلحة من جهة عمومه (فالجواب) ان الخبر المشهور اولى بالترجيح لامور (ولعل) الاولى ان يقال ان محل الاستدلال بالخبر المشهور انما هو اذا كانا عالمين (اما) اذا كان الرجل جاهلا وعقد على امة الغير العالمة بالحرمة سواء ادعت الحرية ودلست نفسها ام لا فانه يلزمه المهر (اما) في المدلسة فوضع وفاق (واما) في غيرها فهو المشهور على ما حكي كما ذكروا ذلك في باب النكاح لكن المصنف استشكل فيما اذا كانت عالمة وهو جاهل ويلزم المصنف في التذكرة القول بوجوب المهر عشرا او غيره وارش البكارة لانه لا يقول بالتداخل كما مر (قوله) ﴿ ولا يلحق به الولد ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وغيرها والظاهر انه محل وفاق لكونه زانيا فيكون رقا للمولى لانه نماء ملكه وكما لا يلحق بابيه لا يلحق بامه لاشتراكهما في المقتضي ونعم ما قال في الشرائع واو حملت لم يلحق الولد وتظهر فائدة عدم لحوقه بها في عدم ثبوت التوارث بينهما لو فرض حريتها او احدهما بعد ذلك (قوله) ﴿ وان وضعته ميتاً فاشكال كما تقدم ﴾ ونحوه ما في الايضاح وجامع المقاصد للشك في حيوته مع ترجيح الضمان في الثاني وفي المبسوط والتحرير والدروس لاشيء عليه وجزم في الشرائع على ما في بعض النسخ بانه يلزمه دية جنين الامة (ووجهه) انه لما كان محكوما برقيته كان ملحقا بالمال فيكون مضمونا عليه على كل حال كحمل البهيمة والحمل الذي لم تلجه الروح او لم تعلم حيوته له قيمة شرعا وهو عشر قيمة امه وقت الجناية بخلاف السابق فان ضمانه لقيمته موقوف على ولادته حيا لكونه حرا ولم يحصل (قلت) هذا هو الذي نبهنا عليه وهذه النسخة هي التي شرحها في المسالك وفي عدة من نسخ الشرائع قيل لا يضمن لانا لا نعلم حيوته وفيه تردد ولا نعلم وجه تردده بل الاولى الجزم بالضمان كما في النسخة الاخرى هذا اذا قلنا في صورة الجهل انه لا يضمن لكونه حرا لا يدخل تحت يد الضمان الا ان يجني عليه جان (واما) اذا قلنا بالضمان لانه يؤول الى المال (قلنا) في جوابه ان ضمان السابق لقيمته حيا موقوف على ولادته حيا واما ضمانه لقيمته جنينا فليس موقوفا على ولادته حيا بل هو مضمون ايضا على الغاصب على كل حال (وقد) رد في جامع المقاصد ما في الشرائع فقال وربما رجح الضمان هنا بان التقويم في الاول انما هو بعد وضعه حيا بخلافه هنا قال ولا اثر له لان المراد بالتقويم المخصوص لاوجوب دية الجنين الذي يراد وجوبه في الموضعين ثم قال والاصح الضمان هنا ايضا ولم يبين لنا ماذا اراد بالتقويم المخصوص ولعله اراد تقويمه بعد وضعه حيا ولا ماذا اراد بالضمان اهو ضمان جنين امة ام هو ضمان مملوك حي ولم يتضح لنا وجه قوله لاوجوب دية الجنين الى آخره لان المفروض انها وضعته ميتا لا بجناية جان فليتأمل جيدا (ويرد) على المبسوط ان يد الغاصب يد ضمان فلا بد من ان يقول بضمان قيمة جنين ثم ان تعليله وتعليل التحرير بعدم العلم بحيوته لم يتضح وجهه ولعلهما يريدان بذلك انه حينئذ لم يتحقق جنايته عليه كما تقدم نقله عن الايضاح وقد عرفت الحال في ذلك ويجب حمل كلام التحرير والدروس على عدم ضمان مملوك حي وان كان ظاهرهما خلاف ذلك فليلحظ ذلك جيدا (قوله) ﴿ وان كان بجناية جان ضمن جنين امة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان وليس في الدروس الا انه عليه شيء وهو اجود لان ما ذكروه متجه على مذهب المبسوط وينبغي التفصيل على المعروف من مذهب الاصحاب بالعلم بالحيوة وبدونه كما تقدم ولم يتعرض في المبسوط والارشاد الا لضرب الاجنبي بطنها وظاهر كلام المصنف ان الضامن الاب الغاصب وحينئذ فيستقر الضمان على الضارب وقد جزم به هنا ولم يقل على الاقوى كما قال في الجاهل وما ذاك الا لما قلناه هناك وبضمان الاب اذا ضرب والاجنبي الضارب صرح في التحرير ومجمع البرهان وهو واضح وفي تعليق الارشاد

ولو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس تحد هي دونه ولا مهر على اشكال ويلحق به الولد ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب (متن)

للمحقق الثاني ان هذا ان كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ لم يثبت للسيد على الغاصب شيء وهو حق ان اراد انه لايستقر عليه ضمان لكن ذلك جار فيما اذا جنى الاجنبي عامدا فلا وجه لتخصيصه بالذكر وان اراد انه مع ذلك ليس له عليه الرجوع فاول ممنوع (قوله) —* ولو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه *= الوجه في الجميع ظاهر وبه اي الجميع صرح في المبسوط وغيره والولد للمولى ويلحق بها وفائدته اذا طرء عليها او على احدهما العتق (قوله) =* وبالعكس تحد هي دونه *= المراد بالعكس ان تكون هي عالمة بالتحريم دونه وحكمه ان عليها الحد ويلحق به الولد دونها كما صرح به ايضا في المبسوط وغيره وتجب عليه قيمة الولد على ماسبق (قوله) =* ولا مهر على اشكال *= ينشأ من كونها بغيا ومن انها مال الغير والاصح العدم كما تقدم محررا الا ان يكون وطئها بعقد فليلحظ (قوله) =* ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب *-- اي في جميع الاحكام المتعلقة بالوطئ حالة العلم والحاصل ان حاله حاله حالتي العلم والجهل كما في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد قال في التذكرة الا ان الجهل في المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة فلا يشترط في دعواه الشرط السابق من قرب العهد بالاسلام او خفاء ذلك عليه لبعد داره عن دائرة الاسلام ونحوه مافي المبسوط وقد كانا اشترطا في جهل الغاصب بالتحريم قرب العهد او بعد الدار (قوله) =* وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب *-- قد سبق المصنف في اواخر الركن الثاني الجزم بان منفعة البضع لاتضمن بالفوات وبينا الوجه فيه بما لامزيد عليه ونقلنا كلام المخالف والمتردد وقلنا ان المصنف تردد هنا بعد الجزم هناك ولا ريب ان المشتري اذا وطئ الجارية لزمه المهر للمالك كما انه لاريب ان للمالك مطالبة الغاصب بسائر المنافع التي استوفاها المشتري ماعدا منفعة البضع التي هي المهر فان في مطالبة المالك به للغاصب نظرا وترددا فيصير معنى العبارة في مطالبة المالك الغاصب بهذا المهر اللازم للمشتري بالوطئ كما يطالبه بسائر المنافع التي استوفاها المشتري فيكون مخيرا بين ان يطالب ايهما شاء وقرار الضمان على المشتري العالم نظر من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب ام لا لكن الشيخ في المبسوط جزم بان له الرجوع عليه لانه بسبب يد المشتري وهو متجه على مذهبه فيه كما تقدم بيانه وهو قضية كلام التحرير والتذكرة حيث قال كل ضمان يجب على المشتري فللمالك الرجوع على من شاء منهما ذكره في التذكرة في مقام آخر (وقال) في جامع المقاصد يرد على المصنف هنا ان عدم دخول منافع البضع تحت الغصب امر متحقق عنده فكيف يتردد فيه ويبني النظر على التردد فيه ولو قال ينشأ من ان منافع البضع لا تدخل تحت الغصب ولا تضمن الا بالاستيفاء وهو منحصر في جانب المشتري ومن ان عدم ضمانها وانتفاء دخولها تحت اليد انما يمنع من استحقاق المطالبة بعوضها بالفوات اما اذا استوفيت فانها مضمونة لامحالة فقد ادى الحال الى الغرم فجرى مجرى الجناية وسببية الغاصب في ذلك لكان اولى واوفق لما في التذكرة انتهى (ونحن نقول) كم له من تردد بعد الجزم بل قد جزم في رضاع الكتاب بان منفعة البضع تضمن بالفوات وفاقا للمبسوط وجماعة والمحقق في الشرائع جزم بعدم الضمان في باب الشهادات وتردد في باب الرضاع والشهيد ايضا تردد كما تقدم بيان ذلك كله فليس التردد في المسئلة بعد الجزم ببدع ولا بعيد وما حكاه عن التذكرة هو قوله وهل للمالك مطالبة الغاصب به اي المهر ابتداء للشافعية وجهان ولم ننقل تمام كلامه لان في النسخة سقطا في المقام (والوجه الثاني) من وجهي التردد الذي قال

ولا يجب الا مهر واحد بوطئات اذا اتحدت الشبهة وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر (متن)

في جامع المقاصد انه اولى ضعيف جدا كما اعترف هو به لاينبغي ان يكون سندا للتردد لان المقتضي للضمان في حق الغاصب منتف اذ لا اسيتفاء ولاسببية بليد لان البناء على انه لايدخل تحت اليد فمع انتفاء الامرين لاتصح مطالبته به ووجوبه على المشتري لمكان استيفائه لايستدعي الوجوب على الغاصب فالتردد من المصنف هنا لما ذكره لمكان جزم جماعة بالضمان وتردد اخرين مع تعارض الادلة واختلاف اللوازم كما تقدم اولى من تردده لما ذكره في جامع المقاصد لما عرفت (وقال) في الدروس في المهر وجهان من حيث ان منافع البضع لاتضمن باليد ولو يوجد تفويت ومن انها منفعة عين مضمونة وهو غير ما في جامع المقاصد لان قضية الشق الثاني انها تضمن وان لم تستوف (وفيه) انه اذا ثبت الشق الاول خصص به الثاني لانه اخص منه فلا تكافوء بين الشقين فلا وجه للتردد وقد يكون اراد ما في جامع المقاصد فليتأمل (وقال) في الايضاح مراده بقوله ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب اي لوفوتها الغاصب بوطئها عالمين وهي مختارة هل يضمنها ويكون بمنزلة غصب منفعة اولا قد ذكر المصنف في الاشكال السابق من انه حق للمالك اتلفه الغاصب فيضمنه ولانه مأخوذ باشق الاحوال ومن النهي عن مهر البغي فان قلنا بضمانه اذا وطئها الغاصب عالمين ضمنه الغاصب هنا لان مايفوته غيره من يده كما يفوته هو وان قلنا لايضمنه الغاصب لم يضمن هنا انتهى والظاهر انهُ بعيد عن العبارة الا ان يكون سمعه مشافهة وفي جامع المقاصد لاشبهة في انه وهم هذا ولا فرق في المسئلة بين ان نقول للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو غرمه على الغاصب ام لا (قوله) —※﴿ ولا يجب الا مهر واحد بوطئات اذا اتحدت الشبهة ﴾※— كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد وهو قضية كلام التحرير والايضاح وذلك كما اذا كان الغاصب او المشتري جاهلا لان الجهل شبهة واحدة مطردة فاشبه ما اذا وطىء في النكاح الفاسد مرارا فالوجه حينئذ ان مناط وجوب ذلك المهر هو الوطىء حال الشبهة وهي متحدة فلا اثر لتعدد الوطىء (وقضية) العبارة وغيرها كما هو صريح الدروس وجامع المقاصد انه اذا تعددت الشبهة وتعدد الوطىء انه يتعدد المهر وهو كذلك وهذه المسئلة من الامور التي خالفت فيها منفعة البضع سائر المنافع (وقد يقال) بالتعدد في صورة الجهل لان الوجوب هنا لاتلاف منفعة البضع واستيفائها فيتعدد المهر بتعدد الاتلاف والاستيفاء وهو حاصل فلا معنى للاحالة على تعدد الشبهة وانما يحسن الاستناد اليه حيث لا يجب المهر لولاه وهو اول الكلام وفرق بينه وبين النكاح الفاسد فتأمل ولو وطئها مرة جاهلا ومرة عالما وجب مهران وهو كذلك الا اذا كانت عالمة مختارة (قوله) —※﴿ وفي تعدده مع تعدده مع الاستكراه نظر ﴾※— كما في التحرير (ووجه) النظر ينشأ من تعدد السبب ومن ان السبب هو الوطىء اذ لاشبهة هنا وهو صادق مع الوحدة والكثرة والامر المعلق على شرط لايلزم تعدده بتعدد الشرط والفرق بينه وبين الشبهة ان الشبهة لولاها لانتفى المهر وانها كالنكاح اذا تعدد عقده والاعتبار في الاكراه بمجرد الوطىء (والاصح) التعدد كما في التذكرة والدروس والايضاح وجامع المقاصد لتعدد السبب لان الاكراه بمنزلة الشبهة في حق المكرهة فاذا تعدد كان كما لو تعددت الشبهة ومعناه ان المعلق عليه هنا علة لان الاكراه الثاني غير الاكراه الاول وكذا الوطىء الثاني غير الاول والاكراه هو العلة او هو مع الوطىء او نقول أن المدار على القاعدة والافقد يتحد الاكراه عرفا ويتعدد الوطىء كما اذا شد يديها ورجليها ووطئها وطئات متعددة (واما) التعليق فالتحقيق فيه ان المستفاد من اخبار الباب كقول امير المؤمنين عليه السلام في خبر طلحة اذا اغتصب الرجل امة فاقتضها الخبر وكذا غيره اعطاء قاعدة وضرب قانون وهو ان الاكراه في الوطىء علة في وجوب العقر وذلك هو المستفاد من الاجماع على ان اذا من ادوات العموم عرفا والتكرار فيما علق على شرط وكان من ادوات العموم بمحل وفاق وانما النزاع في غيره على انا نقول ان الشروط في كلام الحكيم

ومع الجهل ينعقد حرا ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الغاصب فان الشراء لا يوجب ضمان الولد ويضمن المشتري اجرة المنفعة التي فاتت تحت يده ومهر المثل عند الوطىء وقيمة الولد عند انعقاده حرا ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر (متن)

تحمل على العموم مطلقا والا لكان الشرط لغوا مع ان عادته ضرب القوانين واعطاء القواعد ولا كذلك في كلام غيره كما اذا قال اعطه درهما ان دخل الدار وكذا اذا قال اشتر اللحم اذا دخلت السوق وتمام الكلام في فنه (قوله) ﴿ومع الجهل ينعقد حرا ويضمن المشتري القيمة﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك (اما الاول) فللشبهة وخبري زرارة وجميل كما تقدم في البيع (واما الثاني) فلما سبق في الغاصب وخبر جميل قال فيه ابو عبد الله عليه السلام ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد (قوله) ﴿ويرجع بها على الغاصب فان الشراء لا يوجب ضمان الولد﴾ قد صرح برجوعه بها عليه في الكتب الستة المذكورة وفي المسالك انه الاشهر وهو صريح خبر جميل وبه طفحت عباراتهم في باب البيع من المقنعة الى الرياض وفي التذكرة وظاهر التنقيح الاجماع عليه لان الولد على تقدير صحة الشراء يكون للمشتري مجانا بغير عوض بخلاف المبيع فانه في مقابلة الثمن فليس مجانا فيكون مضمونا بهذا الاعتبار ولهذا لا يرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلمه (وقال) في الشرائع فيه احتمال آخر واراد به احتمال الحاق عوضه اي الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر لان نفع حرية الولد تعود اليه وهذا خلاف الاشهر واليه اشار به في المسالك ويأتي ان شاء الله تعالى تمام الكلام وقال في الشرائع ايضا وقيل في هذه له مطالبة ايهما شاء وظاهره انه يتعين رجوع المالك على الغاصب خاصة (والاصح) الاول كما في المسالك وبه صرح في التحرير والتذكرة في المقام ولعله الظاهر من كلام الباقين وقد تقدم مثله للشرائع فيما اذا قدم له طعام الغير ضيافة فنقل قولا بانه يرجع على الغاصب من اول الامر ولا يتخير وقلنا انه ليس لاحد من طائفتنا وانما هو للشافعي في القديم وبعض كتب الجديد (قوله) ﴿ويضمن المشتري اجرة المنفعة التي فاتت تحت يده﴾ لانها مضمونة بمجرد اثبات اليد (قوله) ﴿ومهر المثل عند الوطىء﴾ لان منفعة البضع تضمن بالاستيفاء (قوله) ﴿ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله﴾ لمكان الغرور وان كان في بعضها خلاف كما سيحكيه اذا الجزم بالرجوع لا ينافي حكاية الخلاف فيه (قوله) ﴿ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع﴾ اي وان كان جاهلا لانه انما دخل على كونها مضمونة فلا غرور بالنسبة اليها مع جهله وقال في جامع المقاصد هذا انما يستقيم بالنسبة الى ما قابل الثمن فلو زادت قيمة العين على الثمن فالا صح رجوعه بالزائد لدخوله على انه في حكم ما لا عوض له فيتحقق الغرور (قلت) وهو خيرة ولده في شرح الارشاد والشهيدين وغيرهم في باب البيع وقد استشكل هو فيه في موضع من باب البيع وولده في الايضاح وفي التذكرة في الباب وقد يلوح او يظهر منه القول بالرجوع وجزم في موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو ظاهره هنا كما بيناه في باب البيع الفضولي وفي القسم الرابع من اقسام البيع المحظور من المكاسب وغيرها (قوله) ﴿وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي الدروس فيه وجهان (وقد وجه) عدم الرجوع في الاولين بانه انما دخل على وجوب المهر فلا تغرير فيه وقال في جامع المقاصد لكن لو كان المسمى اقل من مهر المثل ينبغي ان يرجع بالزائد لتحقق الغرور فيه قال واطلق في التذكرة كما هنا وان كان آخر كلامه يدل على ما قلناه حيث قال والضابط في هذه المسائل ان ينظر فيما غرمه من ترتبت يده على يد الغاصب عن جهل فان شرع فيه على ان يضمنه لم يرجع به وان شرع على ان لا يضمنه فان لم يستوف ما يقابله رجع وان استوفى فقولان للشافعية (قلت) والى ذلك اشار في الدروس

وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف ولو بنى فقلع بنائه فالاقرب الرجوع بارش النقص (متن)

بعد قوله فيه وجهان بقوله لرجوع المشتري الجاهل بقيمة العين على الغاصب اذ قضيته انه يرجع بالزائد عن المسمى من مهر المثل ولا يرجع المتزوج على الغاصب باجرة الخدمة لو رجع المالك بها عليه لان التزويج لا يتضمن اباحة الخدمة (قوله) ﴿وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف﴾ فالشيخ في الخلاف والمبسوط في موضع منه والابي في كشف الرموز وشيخنا في الرياض وظاهر السرائر انه لا يرجع للاصل ولانه مباشر الاتلاف فكان كقيمة الجارية ولانه لما حصل له نفع وحصل عنده عوضه كأن سكن الدار واكل الثمرة وشرب اللبن كان كأنه قد اشترى واستكرى فلم يحصل عليه ضرر والاجماع على ترتب الضمان على الغار لا نعلم تناوله لما اذا لم يلحقه ضرر كما هو المفروض فلا معارض يصلح لمعارضة ما تقدم . والشيخ في المبسوط في موضع آخر والمحقق في تجارة النافع وظاهر تجارة الشرائع وفخر الاسلام في الايضاح وشرح الارشاد والشهيدان في الدروس والمسالك والروضة والمحقق الثاني في جامع المقاصد والمقدس الاردبيلي والمصنف في ظاهر تجارة الكتاب والشهيد في غصب الدروس والمقداد وابو العباس في المقتصر والمحقق الثاني في جامع المقاصد والمحقق في ظاهر الشرائع انه يرجع به وفي التنقيح ان عليه الفتوى وهو قضية اطلاق الباقين لانه غره لانه سلطه عليه بان يأكله مجانا ولا يعطي شيئا غير ثمن المبيع ولعله لو علم انه ليس له لم ينتفع به فلم يسكن باجرة ولم يشرب درا بقيمة فكان الضرر حاصلا فكان الاجماع له متناولا فكان بمنزلة ما لو قدم اليه طعام الغير فأكله جاهلا والتنظير بقيمة الجارية قياس مع الفارق (وليس) في جميع الاخبار ما يدل على احد امرين الا ماستسمع من النحوى ولا ترجيح في غصب النافع والتذكرة والتحرير والتبصرة والمهذب البارع والمسالك والكفاية ولا في تجارة التذكرة والتحرير ونهاية الاحكام والارشاد (وليعلم) ان العقر واجرة الخدمة مما حصل له في مقابلته نفع كاجرة السكنى وقيمة الثمرة واللبن كما صرح به في غاية المراد وغيرها . وقد جزم جم غفير ممن توقف او حكم بعدم الرجوع هنا بانه يرجع بها في باب البيع ومنهم شيخنا صاحب الرياض مستندين الى ما تقدم والى ان نحوى الرجوع بقيمة الولد مع حصول النفع العظيم له في مقابلة القيمة تدل على الرجوع هنا بطريق اولى وقد نقلنا كلامهم في ذلك في بيع الحيوان وقد استوفينا الكلام في اصل المسئلة في البيع الفضولي (واما) ما لم يحصل له في مقابلته نفع فقد حكى الاجماع فخر الاسلام على ان للمشتري ان يرجع بما غرمه لاجله ونسب الى الاصحاب في الكفاية والرياض وهو كذلك (قوله) ﴿ولو بنى فقلع بنائه فالاقرب الرجوع بارش النقص﴾ كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ولا ترجيح في التذكرة (ومعناه) انه لو بنى المشتري في المبيع المغصوب جاهلا بالغصب فقلع المالك بنائه فالاقرب انه يرجع بارش نقص البناء ونقص الالات ان نقصت بالقلع لان البائع سبب والمشتري مباشر والسبب هنا اقوى واذا كان اقوى كان الضمان عليه اجماعا (ووجه) قوته ان المشتري مغرور لانه انما دخل على انتقال المبيع اليه وجواز التصرفات له من بناء وغيره لظن السلامة وسبب هذا الظن تغرير الغاصب فكان كما لو قدم اليه طعامه فاكله فانه يضمنه لمكان التغرير بالاباحة فهنا اولى لانه تمليك والتمليك اقوى من الاباحة فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند الى غرور البائع اياه والفائت من ماله هنا هو نقص البناء والالات (ويحتمل) عدمه لانه بالبناء متلف ماله بفعله والبائع لم يأمره به فلا يرجع به كما لا يرجع بما انفق على العمارة وللشافعية وجهان اظهرهما عندهم انه يرجع (قلت) قد اطبقوا على ان المشتري الجاهل يرجع على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة على العبد والدابة ونحوهما والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك لان فوات ذلك بتغريره ولا فرق عند التحقيق بين هذه الامور وما نحن فيه (والمراد) بالعمارة هنا العمارة

ولو تعيب في يده احتمل الرجوع لان العقد لايوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد لانه زيادة جديدة (متن)

في جدران (جدار خ ل) المالك بآلات المالك وهي خلاف البناء في العمارة (العبارة خ ل) وفي الايضاح وجامع المقاصد انه لا يرجع بما انفق على البناء من الاجرة لانها عوض عنه وفي حاشية الاول الاجماع على ذلك وينبغي ان يرجع باجرة نقض البناء بالضاد المعجمة اذا امره المالك بنقضه ومثل البناء الغرس كما في التذكرة (قوله) ولو تعيب في يده احتمل الرجوع لان العقد لايوجب ضمان الاجزاء — هذه المسئلة قد تقدم الكلام فيها في باب بيع الحيوان وفي باب العيب لانها مبنية على مسئلة ما اذا تجدد العيب في الحيوان بعد العقد وقبل القبض فانهم اجمعوا على انه له الفسخ والرد والامساك مجانا واختلفوا في انه هل له الامساك بالارش ام لا (فالاول) خيرة النهاية والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف والايضاح والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو المحكي عن التقي والقاضي وظاهر غاية المراد او صريحها كما انه قد يدعى بانه ظاهر الوسيلة وفي المسالك انه المشهور لانه عوض عن جزء فائت واذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا اجزائها واوصافها لان المقتضي للضمان في الجميع وهو عدم القبض موجود في الاجزاء والصفات (وفيه) ان المشبه به لاضرر فيه على البائع لان التلف موجب لبطلان البيع ولا كذلك ما نحن فيه فان فيه ضررا على البائع لعدم رضاه ببذل العين الا في مقابلة تمام الثمن فاخذ المبيع منه ببعضه تجارة عن غير تراض (ويؤيده) ان المال للمشتري فيكون العيب والتلف منه خرج التلف بدليله وبقي الباقي وفي المختلف والايضاح والتنقيح ان الزام المشتري بالرد او الامساك مجانا نوع ضرر اذ الحاجة اقدمته على المعاوضة والا لم توجد فالزامه بجميع الثمن ضرر عظيم ومثله ما في غاية المراد (وفيه) ان حاجة المحتاج لاتؤثر اثرا في مال آخر هؤلاء الفقراء محتاجون الى مال الاغنياء (واقوى) ما يستدل به المشهور صحيحة عبد الله بن سنان وما اورد عليها غير وارد والشهرة تجبر دلالته مؤيدا باطباق العامة على خلافه قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري الجارية والعبد ويشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له كذا في التهذيب وفي الكافي لاضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له واشتماله على مالا نقول به لايضره على انه يؤل مصير المبيع باستقراره والاجماع المركب يصحح المفهوم اذ قضيته انه لو انقضى الخيار ولم يقبض انه لايضمن وليس كذلك وفي الخلاف والمبسوط والسرائر وكشف الرموز ان ليس للمشتري الا الرد والامساك وليس له اجازة البيع مع الارش ونقل ذلك في السرائر عن المقنعة ولم نجده فيها وفي كشف الرموز عن نكت النهاية وفي الخلاف نفي الخلاف عن ذلك وجماعة توقفوا ولم يرجحوا احدا من القولين وتمام الكلام في المسئلة في المقامين من باب البيع (اذا تقرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب ومعناها انه لو تعيب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلا بآفة سماوية فغرمه المالك الارش احتمل ان له الرجوع على الغاصب بما غرمه ارشا لانه دخل على ان المضمون عليه هو الجملة دون الاجزاء لعدم مقابلتها بالثمن انما المقابل به هو المجموع وهذا مبني على مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط ويحتمل عدم الرجوع لضمان الاجزاء فانها مقابلة باجزاء الثمن وهذا هو الاقوى كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو قضية مختار المشهور ولا ترجيح في التذكرة والتحرير لكنه يذهب فيهما في باب البيع الى المشهور وكان الاولى بالمصنف ايضا ان يرجح هنا العدم بناء على ما اختاره في بيع الكتاب في موضعين منه من موافقة المشهور لكنه في باب القبض استشكل وعلى المختار لو كان الارش الذي غرمه المالك للمشتري في مسئلتنا بقدر قسط ذلك من الثمن فلا رجوع له وان زاد فالاصح رجوعه بالزائد (قوله) = ونقصان الولادة لاينجبر بالولد = قد تقدم انه حيث

ولو غصب فحلا فانزاه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب وعليه الاجرة على رأي والارش لو نقص بالضراب ولا تتداخل الاجرة والارش فلو هزلت الدابة لزمه الامران وان كان النقص بغير الاستعمال (متن)

يكون الواطئ للجارية عالما بالغصب والتحريم فحملت ثم ولدت ان الولد يكون رقا للمالك وعلى الواطئ ارش نقصان الولادة وقد طفحت بذلك عباراتهم وقضية ذلك ان نقصان الامة بالولادة لاينجبر بالولد وبه صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد قال في الاول ان الولد له ويأخذ الارش عند علمائنا وظاهره الاجماع عليه على انه لم ينسب الخلاف الا الى ابي حنيفة قال وقال ابو حنيفة بالجبران وليس بجيد وقد وجهه هنا بان الولد زيادة جديدة حدثت على ملكه اي وهي غير مجانسة للفائت ليتم على ماتقدم له ومعناه ان الولد له وان لم يكن في الام نقصان وملكه هنا لايجبر نقصان ملكه (قوله) =*﴿ولو غصب فحلا فانزاه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب﴾*= اجماعا على الظاهر كما في جامع المقاصد وفي المسالك وكذا الكفاية انه لاخلاف في كون الولد في الحيوان غير الانسان تابعا للانثى سواء كانت للغاصب او لغيره وبالحكم المذكور صرح في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان من دون تأمل ولا نقل خلاف الا من الاخيرين حيث تأملا في ذلك قال في الاول انه يرد عليه ان الولد مني الفحل فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب اذا نبت في ارض الغير (وانت خبير) بان الفرق واضح فان النطفة لاقيمة لها وليست مملوكة بعد انفصالها ولا واجبة الرد الى مالك الفحل والنشوء والنماء من الانثى ولا كذلك الحب فانه مملوك له قيمة ويجب رده ولهذا اطبقوا على اختلافهما في الحكم (قوله) =*﴿وعليه الاجرة على رأي﴾ هو مذهب اهل البيت عليهم افضل السلام كما في السرائر وقال ايضا عليه اجرة الفحل عندنا وقال وما قاله وذكره شيخنا في مبسوطه من ان اجرة الفحل لاتجب على الغاصب لان النبي (ص) نهى عن كسب الفحل فهو حكاية مذهب المخالفين فلا يتوهم متوهم عليه انه اعتقاده لكن المحقق والمصنف في التحرير والمختلف وولده وغيرهم لم يلتفتوا الى ماذكره اخيرا في السرائر ونسبوا الخلاف اليه في المبسوط (وكيف كان) فالرأي خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك والكفاية وفي الاخيرين نسبته الى الاكثر وليست في محلها لانحصار الخلاف ان كان في الشيخ في المبسوط وهو نادر لانه بنى عدم وجوبها على انها محرمة وقد قال في الشرائع في المقام ان اجرة ضراب الفحل ليست محرمة عندنا وفي مكاسب التذكرة ونهاية الاحكام ان استئجار الفحل للضراب ليس محرما عند علمائنا مضافا الى مافي السرائر وقد قال في المسالك والكفاية انهم حملوا النهي في الخبر على الكراهية (قلت) او على بيع مائه فاذا كان الامر كذلك كيف يصح نسبته الى الاكثر والخبر مروي في نهاية ابن الاثير وغيرها انه (ص) نهى عن عسب الفحل وعسبه ماؤه وضرابه كما بيناه في باب المكاسب (قوله) =*﴿والارش لو نقص بالضراب﴾*= كما في المبسوط والسرائر والشرائع وسائر ماذكر بعدها انفا سوى المختلف والايضاح لانه لم يذكر فيهما ولا يتداخل الارش والاجرة وان كان لزوم الارش بسبب نقص حصل بالاستعمال الذي اخذ اجرته لكن قد يقال ان لحظنا في الاجرة النقص فقلنا يلزمه اجرة مثل هذا الاستعمال الموجب لنقص كذا لايبعد التداخل كما تقدم فيما سلف (قوله) =*﴿ولا تتداخل الاجرة والارش فلو هزلت الدابة لزمه الامران وان كان النقص بغير الاستعمال﴾*= قد استوفينا ولله الحمد الكلام في المسئلة في اواخر الركن الثالث عند قوله وان كان بالاستعمال كنقص الثوب الى آخره وحكينا عدم التداخل فيما اذا كان النقص بالاستعمال عن الشيخ والمحقق والمصنف في جملة من كتبه وولده والشهيدين والمحقق الثاني والمقدس

وفوائد المغصوب للمالك اعيانا كانت كالولد «كالثمرة والولد خ ل» او منافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب ولا يملك المشتري مايقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه ومايتجدد من منافعه الاعيان اوغيرها مع جهل البائع او علمه مع الاستيفاء وبدونه اشكال (متن)

الاردبيلي وقلنا انه ينبغي ان يكون لكل يوم ارش واجرة ويجيء حينئذ احتمال اكثر الامرين كما تقدم ولا يخفى مافي قوله وان كان النقص بغير الاستعمال اذ ليس هو الفرد الاخفى والاخفى هو ما اذا كان النقص بالاستعمال لاحتمال التداخل بخلاف ما اذا لم يكن بالاستعمال فانه لاتداخل وجها واحدا كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ =* وفوائد المغصوب للمالك اعيانا كانت كالولد او منافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب *= لااشكال في ذلك كله كما في المسالك وبجميع ذلك صرح في الشرائع والنافع والتحرير وجامع المقاصد والكفاية وكذا المبسوط والغنية والسرائر وغيرها بل هو مما طفحت به عباراتهم في مطاوي الباب وقد حكينا معقد اجماع التذكرة على طوله عند قوله اواتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة الى اخره وحكيناه وحكينا اجماع الخلاف والسرائر عند قوله والمنافع المباحة مضمونة ولا فرق في ذلك بين ان تكون قد تجددت عند الغاصب ام لا لانها نماء ملكه وفوائده تكون مضمونة عند الغاصب كالاصل ﴿ قوله ﴾ =* ولا يملك المشتري مايقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه *= قد تقدم في باب البيع نقل الاجماعات المتضافرة على عدم ملكه له وعلى انه يضمنه ونفي الريب والاشكال عن ذلك عن جماعة كثيرين في البابين وقد طفحت عباراتهم في ذلك في ابواب الفقه حيث يأخذونه مسلما ولم يتأمل فيه احد الا صاحب الكفاية في باب الغصب والمولى الاردبيلي فانه قوى في صورة الجهل عدم الضمان ثم قال ومع علم الاخر اقوى ﴿ قوله ﴾ —* ومايتجدد من منافعه *— اي يضمن مايتجدد من منافعه وقد نص على ذلك في المبسوط والشرائع والنافع وغيرها وانهم ليأخذونه في مطاوي الباب مسلما والوجه في ذلك ظاهر ﴿ قوله ﴾ —* الاعيان اوغيرها مع جهل البائع او علمه مع الاستيفاء وبدونه اشكال *— كما هو قضية اطلاقهم في البابين وبالجملة لااجد في ذلك خلافا الا قوله في الوسيلة فاذا باع احد بيعا فاسدا وانتفع به المبتاع ولم يعلما بفساده ثم عرفا واسترد البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ماانتفع به او استرداد الولد ان حملت الام عنده وولدت لانه لو تلف كان من ماله والخراج بالضمان انتهى وهو في المنافع المستوفاة والا مافي الايضاح من ان المنافع بدون الاستيفاء مع الجهل والعلم لاتضمن والمصنف استشكل ومثله صاحب التنقيح في باب البيع في المنافع التي لم تستوف وظاهره الاجماع في المستوفاة (وتحرير البحث) ان يقال ان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون لان كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده لعموم قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي وما دل على انتفاء الضمان اذا كان الاخذ برضا المالك من نص واجماع فمختص بما اذا كان الاخذ بالرضا من دون ان يستعقب ضمانا اما اذا رضي به بشرط الضمان كما في العارية المشروطة او مع تعقبه كما هو محل البحث فلا دلالة فيهما على نفي الضمان فيه لانه انما دخل على تملك العين في مقابلة الثمن وانه مضمون عليه والبائع انما دفعه كذلك فيبقى العموم الدال على اطلاق الضمان بحاله ويتضح وجه القاعدة فاذا كان العقد غير مملك وجب رد كل من العوضين الى مالكه فاو تعذر وجب بدله من المثل او القيمة لامتناع فوات العين وما جعلت في مقابله (ولا يقال) ان هذا يقضي بضمان ماقابل الثمن خاصة دون الزائد لانه بغير مقابل على تقدير الصحة والضمان بالفاسد على نحو الضمان بالصحة (لانا نقول) لما كان المجموع في مقابلة المجموع وفاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضمونا بجميع اجزائه نظرا الى مقتضى المقابلة وليس البائع غارا محضا عالما كان او جاهلا فلم يكن كالغاصب حتى يؤخذ باشق الاحوال ولا يرد عليه ما اذا باع من ترتبت يده على المغصوب جاهلا بالغصب لانه غار

وما زاد من قيمته لزيادة صفة فيه فان تلف في يده ضمن العين باعلا القيم من حين القبض الى حين التلف ان لم يكن مثليا ولو اشترى من الناصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا (متن)

هذا جيدا فانه دقيق جدا (ولا يفرق) بين كون المتجدد عينا كالولد او منفعة كسكنى الدار ولا بين كون البائع عالما بفساد البيع او جاهلا ولا بين ان يستوفي المشتري حينئذ المنفعة وعدمه على اشكال عند المصنف في بعض صوره وهي ما اذا علم البائع بفساد البيع ولم يستوف المشتري المنفعة كما فهمه في جامع المقاصد من العبارة (ومنشأ) الاشكال حينئذ من ان الاصل مضمون فكذا الفرع ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه انما قبضه لمصلحة نفسه لا لمصلحة البائع ولان اثبات يده بغير استحقاق لان الاستحقاق انما هو على تقدير صحة البيع وهي منتفية ومن ان علم المالك بفساد البيع وعدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري (وضعف) بان السكوت اعم من الرضا وبلزوم مثله في اصل البيع لو علم بالفساد ولعل هذا غير لازم لانه هناك سلطه عليه ورضي بكونه تحت يده في مقابلة الثمن وهنا قد رضي بفوات المنفعة تحت يده من دون عوض فتأمل (وقال) في الايضاح ان الاشكال ينشأ من تبعية الاصل ولان الاصل في قبض مال الغير الضمان الا لسبب عدمه اي كالوديعة ولم يثبت ومن ان المنافع لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب ثم قال والحق الثاني لان مال الغير تجدد في يده بغير فعلها فكان كالثوب يطيره الريح وظاهره ان الاشكال في النافع التي لم يستوفها المشتري سواء علم البائع اولا وقد حصر الضمان في الامرين وهو ممنوع بل نقول ان احدهما موجود وهو الغصب لانا لا نشترط العدوان في تعريفه وتوجه الشبه غير ظاهر لان المشتري وضع يده على الاصل والمنافع باختياره فلا يتم ما ذكره (قوله) ﴿وما زاد من قيمته لزيادة صفة فيه﴾ كما في المبسوط والشرائع والنافع وجامع المقاصد ومعناه انه يضمن ما زاد عن قيمته لمكان زيادة صفة فيه كالسمن وتعلم الصنعة (ووجه) الضمان تبعيته للاصل لكونه جزءا او في حكم الجزء وفي الرياض انه حسن حيث يكون المشتري سيما في الاتلاف اذ لا ضرر ولا ضرار ويشكل فيما عداه لعدم وضوح ماخذه الا الحاق مثل هذا القبض بالغصب (وهو حسن) ان لم نعتبر في تعريفه قيد العدوان واما مع اعتباره كما هو الاظهر فالوجه عدم ضمانها وقد عرفت الحال في اول الباب وانا لم نستبعد تبعونة خبر ابي ولاد كون الغصب حقيقة شرعية في العدوان وغيره حتى في الغالط والساهي والناسي (قوله) ﴿فان تلف في يده ضمن العين باعلا القيم من حين القبض الى حين التلف ان لم يكن مثليا﴾ قد تقدم الكلام في مثل ذلك والصحيح انه يضمن قيمته يوم التلف وما عداه لا يتم في بعض الصور كما بيناه فيما سلف (قوله) ﴿ولو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا﴾ اما عدم الرجوع ففي تخليص التلخيص الاجماع عليه وقد نسب دعوى الاجماع الى التذكرة جماعة والموجود فيها وفي نهاية الاحكام والمختلف والايضاح نسبته الى علمائنا الظاهرة في دعوى الاجماع كنسبته اي عدم الرجوع مع التصريح ببقاء العين الى الاصحاب في موضع آخر من الايضاح وفي موضع آخر منه الى نصهم وموضعين من جامع المقاصد وفي الروضة نسبته الى ظاهر كلامهم وفي المسالك والكفاية والرياض نسبته الى المشهور وفي موضع آخر من الروضة نسبته الى الاكثر والتتبع في كتب الشيخ ومن تاخر عنه يشهد بذلك والمخالف القائل بالرجوع المصنف في الكتاب في موضع منه والتذكرة ونهاية الاحكام والمختلف وولده في الايضاح وشرح الارشاد والشهيدان والمحقق الثاني فيما سلف والخراساني وكأن المصنف هنا متردد كالمحقق في الشرائع والمقدس الاردبيلي وقد ذكرنا في باب البيع الفضولي ادلة القولين واستوفينا الكلام في ذلك اكمل استيفاء (قوله)

وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين ويستقر الضمان على المشتري ومع الجهل على الغاصب ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابله نفع كالنفقة والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار وثمرة الشجرة وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور ومن اولوية المباشر ولو زرع الارض المغصوبة او غرسها فللمالك القلع مجاناً وان قرب الحصاد (متن)

=*﴿ وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين ويستقر الضمان على المشتري ومع الجهل على الغاصب ﴾*= اي للمالك ان يرجع مع تلف العين في يد المشتري على من شاء من الغاصب البائع والمشتري ويستقر الضمان على المشتري لحصول التلف في يده هذا اذا كان عالما واما اذا كان جاهلاً فانما يستقر على الغاصب مازاد على الثمن اما مقدار الثمن فانه على المشتري فاطلاق العبارة لعله غير جيد ويرجع المشتري بالثمن على البائع ان كان دفعه له كما تقدم بيان ذلك كله (قوله) =*﴿ ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك ﴾*= كما تقدم بيان كل ذلك (قوله) =*﴿ وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار وثمرة الشجرة وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور ومن اولوية المباشر ﴾*= قد تقدم الكلام فيه انفا مسبغا مستوفى وقلنا ان الاصح الرجوع ﴿ فرع ﴾ لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيء واحد وتصرفوا به جميعا ففي جامع المقاصد ان الظاهر ان على كل واحد منهم مايقتضيه التقسيط (قوله) =*﴿ ولو زرع الارض المغصوبة او غرسها فللمالك القلع ﴾*= كما في المبسوط والنافع والتحرير وغيرها وظاهر التذكرة والرياض الاجماع عليه وقد تقدم في العارية انه لو غرس المستعير بعد الرجوع في الاذن والمنع ان للمعير القلع لانه غاصب ظالم وليس لعرق ظالم حق كما في النبوي وقد تلقوه بالقبول (قوله) =*﴿ مجانا وان قرب الحصاد ﴾*= كما هو قضية اصولهم ودليلهم وبه صرح في التذكرة وظاهر الرياض نفي الخلاف فيه وقد نسب الخلاف في التذكرة الى احمد في خصوص الزرع وقال انه لاخلاف في الغرس قال قال احمد ان جاء صاحب الارض والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين ان يبقيه الى الحصاد باجرته وارش النقص وبين ان يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له لان رافع ابن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من زرع في ارض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته ومثله خبر آخر رواه رافع ايضا عنه صلى الله عليه وآله وسلم ولانه يمكن رد المغصوب من دون اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلا يجوز اتلافه كما لو غصب لوحا فرقع به سفينته فانه لايجبر على رد المغصوب في اللجة بخلاف الشجر فان مدته تطول وينزل قوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم حق على الشجر والغرس ونحوه ماياتي عن ابي علي (والخبران) ضعيفان من ذلك الفج افتى بخلافهما الشافعي وماعمل بهما احد غير احمد ولكن قد ورد في اخبارنا مثل ذلك (في الموثق) برواية الكليني في رجل اكترى دارا فيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا واشجارا وفواكه وغير ذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك فقال عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس وان كان استأمره فعليه الكرى وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء فهو ظاهر في مذهب احمد (وفي) رواية الفقيه والتهذيب ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ان كان استأمره وان لم يكن استأمره فعليه الكرى الى آخره فقد ترك فيها الواو في قوله وان كان استأمره فعلى هذا يكون فيه دلالة على ماحكيناه في العارية عن المبسوط من اجبار المستعير على اخذ قيمة مازرعه لو بذلها المعير حيث يرجع

ولا يملكه المالك بل هو للغاصب وكذا النماء وعليه اجرة الارض وطم الحفر والارش ولو بذل صاحب الغرس قيمة الارض او بالعكس لم يجب القبول (متن)

بعد زرعها كما بيناه هناك وقد اختار مثل ذلك في مزارعة الخلاف والمبسوط وقد اسبغنا الكلام فيه في باب الاجارة واما على رواية الكافي فلا دلالة فيه على ذلك وكيف كان فلا تعادل روايتي الصدوق والشيخ وان كان ثقة الاسلام اضبط ويأتي تمام الكلام في الخبر وليعلم انه ليس في الفقيه قيمة عدل وهو من جملة الخلل الواقع في الوافي (قوله) ==﴿ ولا يملكه المالك بل هو للغاصب وكذا النماء ﴾== قد صرح بانه لا يملكه المالك وانه للغاصب في الغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف وغيرها وهو قضية كلام المبسوط وظاهر الرياض الاجماع عليه وفي التذكرة ليس له اخذه عندنا وفي التنقيح انه المشهور وعليه انعقد الاجماع اليوم ولا نعرف [illegible] الا ما يحكى عن ابي علي وفي المختلف انه المشهور بين علمائنا والمخالف ابن الجنيد لانه عين ماله وانما تغيرت صفته بالزيادة والنماء (او تقول) انه نماء ملك الزارع وليست الارض الا كالماء والهواء والشمس معدات لصيرورة البذر زرعا ثم جاء بالتدريج والفاعل هو الله سبحانه (وفي) خبر عقبة بن خالد قال سئلت اباعبد الله عليه السلام عن الرجل اتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت اله ذلك فقال للزارع زرعه ولصاحب الارض كرى ارضه (وقد) روي مثله من دون تفاوت اصلا في الفقيه ايضا عن سماعة وقد سمعت الموثق برواية الفقيه والتهذيب وهذه الاخبار منجبرة بالشهرة معتضدة بالاصل والاجماع (وقال) ابو علي فيما حكي عنه ان لصاحب الارض ان يرد ماخسره الزارع ويملك الزرع وهو قريب من قول احمد لخبر رافع بن خديج وقد سمعت موثقة محمد برواية الكافي وقد سمعتها لكن المصنف في المختلف والفاضل المقداد والمحقق الثاني والشهيد الثاني لم يستدلوا له الا بخبر رافع مع ان الموثقة ظاهرة في مذهبه ولعلهم اعرضوا عنها لمكان الاختلاف الواقع فيها لكنها اثبت من خبر رافع واوفق بانطباق الجواب على السؤال مع ان الكافي اكثر ضبطا من غيره (وقد) قوى جماعة في مسئلة الصبغ قول ابي علي كالمصنف في المختلف والفاضل المقداد والاستاذ وابن اخته ونحن ايدناه لكنه هنا في المختلف خالف اباعلي واستدل على خلافه بانه عين ماله فلا ينتقل عنه الا برضاه ورد الخبر بانه لا يعرف حال رجاله (ولعل) فرقه بين المقامين ان الصبغ اما ان لا يمكن التخلص منه الا بذلك حيث لا يمكن فصل الصبغ اولا يحصل منه شيء واما ان يعسر التخلص بدون ذلك كما مر والزرع والشجر ليس كذلك فتأمل فكان ذلك كله لا يعارض ادلة الاصحاب (قوله) ==﴿ وعليه اجرة الارض وطم الحفر والارش ﴾== اي ان نقصت وقد صرح بالاول والاخير في المبسوط والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغيرها (والوجه) فيها ظاهر (واما) طم الحفر فقد صرح به جماعة الا اذا رضي صاحب الارض ومنعه من طمها فانه يكون كما لو امره بحفرها وقال جماعة له ذلك وان كره المالك لما في تركه من الضرر عليه بضمان ما يقع فيه وقد اسبغنا الكلام في مثل ذلك في الباب وباب الديات وغيره ويأتي تمام الكلام في مثله قريبا (قوله) ==﴿ ولو بذل صاحب الغرس قيمة الارض او بالعكس لم يجب القبول ﴾== بعوض ولا غيره كالهبة (قال) في جامع المقاصد وفي حواشي شيخنا الشهيد ما صورته وينسحب الخلاف في المسئلة المتقدمة وهي قوله ولو طلب الى آخره فانه قال في المختلف يجاب المالك لا الغاصب (ثم) قال في جامع المقاصد ظاهر كلام المختلف في مسئلة الصبغ ثبوت ذلك في الغرس حيث تعجب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الغرس على المستعير ومنع هنا ومقتضى كلامه بعد ذلك في مسئلة الزرع العدم ويمكن حمل كلام المختلف الثاني على ما اذا لم يطلب المالك الزرع بقيمته الا ان قوله لنا انه عين مال الغاصب ولا ينتقل عنه الا برضاه ينافي ذلك والحاصل انه ان ثبت قوله هنا بتملك

ولو حفر بئرا فعليه طمها الا ان يمنعه المالك وقيل لو خيف سقوط حائط اسند بجذع الغير ولو نقل المغصوب فعليه الرد وان استوعبت اجرته اضعاف قيمته ولو طلب المالك اجرة الرد لم يجب عليه القبول ولو رضي المالك به في موضعه لم يجز النقـل ولو بنى الارض بتراب منها وآلات المغصوب منه لزمه اجرة الارض مبنية ولو كانت الآلات للغاصب لزمه اجرة الارض خرابا ولو غصب دارا فنقضها فعليه الارش واجرة دار الى حين نقضها واجرة مهدومة من حين نقضها الى حين ردها وكذا لو بناها بآلته (متن)

المالك الزرع بالقيمة اذا اراد فهو قول لا يخلو عن قوة انتهى (قلت) قد ثبت انه قال هنا بالعدم كما فهمه الشهيد وغيره وقد عرفت الوجه في الفرق آنفا (هذا) وقد تقدم في مسئلة الصبغ انه اذا كان الطالب الغاصب فلا خلاف في عدم اجابته فهنا كذلك اذ الطريق واحد وقد تقدم في العارية ماله نفع تام في المقام (قوله) ﴿ولو حفر بئرا فعليه طمها الا ان يمنعه المالك﴾ قد تقدم الكلام فيه في اواخر الفصل الاول مستوفى مسبغا (قوله) ﴿وقيل لو خيف سقوط حائط اسند بجذع الغير﴾ هذا تقدم الكلام فيه ايضا (قوله) ﴿ولو نقل المغصوب فعليه الرد﴾ هذا تقدم الكلام فيه واعاده ليرتب عليه ما بعده وقال في التذكرة لو نقل حرا صغيرا او كبيرا من موضع الى موضع آخر بالقهر فان لم يكن له غرض في الرجوع الى الموضع الاول فلا شيء عليه وان كان فاحتاج الى مؤنة فهي على الناقل لتعديه على اشكال وجزم به في المسالك من دون اشكال (قوله) ﴿وان استوعبت اجرته اضعاف قيمته﴾ كما صرح به في التحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام من قال انه يجب عليه الرد لانه عاد بنقله فيجب عليه الرد بكل حال (قوله) ﴿ولو طلب المالك اجرة الرد لم يجب عليه القبول﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان حقه الرد دون الاجرة وكذا لو طلب حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد وان كان اقرب كما في التحرير (قوله) ﴿ولو رضي المالك به في موضعه لم يجز النقل﴾ كما صرح به في الكتب الاربعة المتقدمة لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه فلو نقله حينئذ فللمالك الزامه باعادته لتعديه في النقل كاصله وكذلك الحال لو امره بالرد الى بعض المسافة التي نقله فيها فتجاوز (قوله) ﴿ولو بنى الارض بتراب منها والآلات المغصوب منه لزمه اجرة الارض مبنية﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ووجهه ظاهر لان الصفة الحادثة بالبناء للمالك اذ هي زيادة في ماله وان كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة النقرة (قوله) ﴿ولو كانت الالات للغاصب لزمه اجرة الارض خرابا﴾ كما في التحرير لان البناء ملك للغاصب وان كان عدوانا وقال في جامع المقاصد على ما تقرر من ان زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب ان يكون للمالك حصته من اجرة المجموع بعد التقسيط على الارض والبناء لان الهيئة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالارض فتزيد اجرتها بذلك وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة ان الزيادة تقسط عليها وهو منبه على ما ذكرناه هنا انتهى وهو كذلك كما اذا وضع سرجا على الدابة فزادت اجرتها (قوله) ﴿ولو غصب دارا فنقضها فعليه الارش واجرة دار الى حين نقضها واجرة مهدومة من حين نقضها الى حين ردها﴾ كما في التحرير لان النقض اخرجها عن كونها مبنية وقد عدم ما نقض منها وضمنه بالارش فلم يبق له منفعة ليضمن اجرتها وتردد في التذكرة في لزوم اجرة مثلها الى حين الرد او الى حين النقض وقال في جامع المقاصد يشكل بان العين اذا تلفت يضمن بدلها لا اجرة منفعتها كالعبد اذا مات ويمكن الفرق بان العبد اذا مات لا امد ينقطع عنده ضمان اجرته بخلاف هدم الدار لان الامد ردها على مالكها مهدومة (قوله) ﴿وكذا لو بناها بآلته﴾ اي بعد الهدم

اما لو بناها بآلتها فعليه اجرة (اجرتها خ ل) عرصة من حين النقض الى حين البناء واجرتها دارا قبل ذلك وبعده ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاء النابت في الارض المغصوبة ولا الدفن فيها ولو وهب الغاصب فاتلفها المتهب رجع المالك على ايهما شاء فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والاجرة وعدمه ولو اتجر بالمال المغصوب فان اشترى بالعين فالربح للمالك ان اجاز البيع وان اشترى في الذمه فللغاصب ولو ضارب به فالربح للمالك وعلى الغاصب اجرة العامل الجاهل ولو اقر بائع العبد بغصبيته من آخر وكذبه المشتري اغرم البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك (متن)

فانه يضمن اجرتها بعد النقض مهدومة ويجيء فيه ما تقدم عن جامع المقاصد من ان للمالك حصة من اجرة المجموع (قوله) اما لو بناها بآلتها فعليه اجرة عرصة من حين النقض الى حين البناء واجرتها دارا قبل ذلك وبعده —اي قبل النقض وبعد البناء لان البناء بالة الدار ملوك للمالك (قوله) ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاء النابت في الارض المغصوبة ولا الدفن فيها — ولا غيرهما من التصرفات كالوضوء والصلاة وان فرض استفادة جوازه من شاهد حال الارض لان شاهد الحال هنا ضعيف لا يعول عليه لان الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا هذا في غير الغاصب واما فيه فبالاولى وقد حكينا في باب مكان المصلي عن علم الهدى والكراجكي وجها بصحة الصلوة في الصحارى المغصوبة استصحابا لما كانت الحال تشهد به من الاذن وحكينا هناك ايضا عن المبسوط انه قال فيه انه اذا صلى في مكان مغصوب مع الاختيار لم تجز الصلاة فيه ولا فرق بين ان يكون هو الغاصب او غيره ممن اذن له في الصلوة واختلفوا في المراد من الاذن في العبارة فالشهيد على ان المراد بالاذن الاذن المستند الى شاهد الحال لان طريان الغصب يمنع من استصحابه كما صرح به ابن ادريس ويكون اراد التنبيه على مخالفة المرتضى وجماعة كثيرون منهم المصنف ان المراد اذن الغاصب واخرون منهم المحقق على ان المراد اذن المالك (قوله) ولو وهب الغاصب فاتلفها المتهب رجع المالك على ايهما شاء فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والاجرة — قد تقدم الكلام في المسئلة مستوفى والاصح الرجوع ولا ترجيح هنا في الايضاح (قوله) ولو اتجر بالمال المغصوب فان اشترى بالعين فالربح للمالك ان اجاز البيع وان اشترى في الذمة فللغاصب —قد اطلقوا الكلمة في باب الزكوة فيما اذا اتجر بمال الطفل وكان غير ملي او غير ولي بانه يضمن والربح لليتيم مع ان الشراء بعين المال قليل نادر جدا والغالب الشراء في الذمة وان كانت الدراهم في يد المشتري وذلك يخالف ما هنا وقد يكونون يقولون انه ان كان من نيته وعزمه وجزمه دفع مال اليتيم ثمنا جرى مجرى ما اذا اشترى بعينه لكن قد قيد كلامهم في البيان والدروس والتنقيح وجامع المقاصد وفوائد الشرائع وتعليق النافع وايضاحه والميسية والمسالك ومجمع البرهان والمدارك ان الربح انما يكون لليتيم اذا اشترى بعين ماله بل زاد جماعة التقييد ايضا بما اذا كان المشتري وليا او باجازة الولي وقال آخرون انه لابد من اجازة الطفل بعد البلوغ وان كان الشراء من الولي او باجازته لان الشراء لم يقع بقصد الطفل ابتداء (قلت) هذا غير جيد كما بيناه في باب الفضولي فيما اذا باع الغاصب وترتبت عليه تصرفات كثيرة وقد استوفينا الكلام فيه هناك بما لا مزيد عليه (قوله) ولو ضارب به فالربح للمالك وعلى الغاصب اجرة العامل الجاهل —لفساد المضاربة وكونه مغرورا والثابت له اجرة المثل ولا اجرة له ان كان عالما وان كان من عامله عالما كان البيع باطلا (قوله) ولو أقر بائع العبد بغصبيته من آخر وكذبه المشتري أغرم البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك — اذا كذبه المشتري لا ينفذ إقراره في حقه بل ينفذ في حق نفسه فتلزمه الغرامة للمالك الذي أقر له وعلى ذلك اقتصر

ثم ان كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته وان لم يكن قبضه فليس له طلبه بل اقل الامرين من القيمة والثمن فان عاد العبد اليه بفسخ او غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه ولو كان اقراره في مدة خياره انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه ولو اقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بائعه ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه (متن)

في التحرير وقد ذهب المصنف هنا الى أنها أكثر الامرين من الثمن والقيمة وفي جامع المقاصد انه مشكل لانه لايخلو اما ان يجيز البيع او يرده فان اجازه اغرمه الثمن فقط وان رده اغرمه القيمة وربما نزل على ان يكون قد اقر باستعارة للرهن [illegible] اقراره بالغصبية فان المستعير للرهن يلزمه اكثر الامرين الا انه خروج عن المسئلة وقد ينزل على ما اذا فعل احد الامرين ومات ولم يعلم ايهما فتأمل وقال في جامع المقاصد ان الاصح ان له الثمن ان اجاز والا فالقيمة (قلت) فان كانت قيمته عشرة مثلا فباعه بعشرين لزم ان تكون العشرة الزائدة مالا مجهول المالك اذا لم يجز ولعل المصنف لايقول بذلك بل يقول بردها على المالك لان كانت ثمنا لماله فكانت كالنماء او كقيمته مضافا الى جبر مظلمته وقد اقتصر في مثله في المبسوط وهو ما اذا ادعى مدع ان العبد الذي بعته غصبته مني فصدقه البائع فقط على انه يغرم له قيمته ولعله نظر الى ان الزيادة في الثمن تجري مجرى القيمة كما قلناه فتأمل لكن في جامع المقاصد انه يردها على المشتري بوجه لايعلم معه بالحال وهو اشبه وهذا حال المقر بالنسبة الى المالك (قوله)﴿ثم ان كان قد قبض الثمن لم يكن المشتري مطالبته﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وبمثله صرح في المبسوط لانه لم يصدقه على اقراره فيكون البيع صحيحا عنده والتسليم والتسلم وقع في محله ثم البائع ينظر فيما بينه وبين الله تعالى فيفعل مايعلم انه الحق فلو كان اقراره بالغصب مطابقا للواقع ولم يجز المالك البيع وقبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري كما في جامع المقاصد وعلى المالك على الاحتمال المتقدم وقد تضمن هذا وما بعده بيان حال المقر بالنسبة الى المشتري (قوله)﴿وان لم يكن قبضه فليس له طلبه بل اقل الامرين من القيمة والثمن﴾ اي ان لم يجز المقر له البيع كما صرح به في التحرير في مثله كما هو واضح بقرينة مابعده فالمناقشة في العبارة من جهة ترك القيد لم تصادف محزها لان القيمة ان كانت اقل فليس له الا القيمة لانه بزعمه لايستحق سواها لان البيع بمقتضى اقراره غير صحيح وان كان الثمن اقل فليس له سواه سواء اجاز المقر له ام لا لانه لايقبل اقراره على المشتري بان المالك غيره فلا يستحق ظاهرا سوى الثمن ويتضح ذلك فيما اذا باع الولي مال المولى عليه غلطاً او سهوا واما اذا اجاز المقر له البيع فالمستحق الثمن كائناً ما كان (قوله)﴿فان عاد العبد اليه بفسخ او غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه﴾ كما في جامع المقاصد وبمثله صرح به في المبسوط والتذكرة والتحرير لمكان اقراره السابق فيؤاخذ به وما دفعه كان للحيلولة فتأتي احكامها فيه (قوله)﴿ولو كان اقراره في مدة خياره انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه﴾ كما في جامع المقاصد وبمثله صرح به في المبسوط والتحرير والتذكرة وحكمهم بانفساخ لان الاقرار يجب ان ينفذ حيث يمكن نفوذه وهو ممكن على هذا التقدير فكان كما لو اعتق ذو الخيار او باع (قوله)﴿ولو اقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بائعه﴾ كما في جامع المقاصد وقد صرح به في مثله في المبسوط والتذكرة والتحرير لان اقراره انما ينفذ في حقه لا في حق البائع اذا لم يصدقه (قوله)﴿ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه﴾ كما في الكتب الاربعة على نحو ماتقدم ومعناه ان البائع والمشتري لو تصادقا على كون العبد مغصوبا بعد اعتاق المشتري له لم ينفذ اقرارهما عليه لان العتق حقه بل يثبت الغرم على كل منهما ويستقر على المشتري ان كان عالماً

وكذا لو باعه على ثالث ولو صدقها العبد فالاقرب القبول ويحتمل عدمه لان العتق حق الله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد فيه عدلان بالعتق ﴿خاتمة في النزاع﴾ لو اختلفا في تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه لانه قد يصدق ولا بينة (متن)

(قوله) ﴿وكذا لو باعه على ثالث﴾ اي لو تصادق البائع والمشتري على كون العبد مغصوبا بعد ان كان باعه المشتري على رجل آخر لاينفذ اقرارهما عليه لانه اقرار في حق الغير (قوله) ﴿ولو صدقها العبد فالاقرب القبول﴾ وفي التحرير انه اقوى وفي المختلف انه الوجه لانه عاقل مجهول النسب اقر بالرقية لمن يدعيه واقرار العقلاء على انفسهم جائز وان الحق له لان الحرية وان كانت مشتملة على حق الله عز وجل فهي مشتملة على حق العبد وحقوق الله عز وجل مبنية على التخفيف فاذا صدقها على فساد العتق قبل والا لم يقبل الاقرار بالرقية ممن ظاهره الحرية وانه لو لم يقبل لم يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد وان صدقه العبد الا بالبينة بخلاف سائر العقود مضافا الى ماسيأتي مما في جامع المقاصد ولذلك قال انه لايخلو من قوة (قوله) ﴿ويحتمل عدمه لان العتق حق الله تعالى﴾ كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق وهو خيرة المبسوط والتذكرة والايضاح ومعنى كونه حق الله سبحانه انه صار من اهل الجهاد والحج والزكوة وغير ذلك وان شهادة الحسبة تسمع عليها كما اذا اتفقا اي السيد والعبد على الرقية او اقر العبد لاخر بالرقية وشهد عدلان بالعتق وتعارضا اي في الزمان قدم شهادة العدلين اجماعا ولانه مبني على التغليب ويقدم على غيره كما صرح بذلك كله في الايضاح وحاول في جامع المقاصد الفرق بين مانحن فيه وبين المثال فقال يمكن الفرق لان العبد والسيد في المثال اتفقا على الرق والشاهدان لم ينفياه بل شهدا بامر زائد وهو طرو العتق فكانت الشهادة مسموعة بخلاف مانحن فيه فانهم متفقون على وقوع العتق وانه وقع فاسدا وفي المثال لو قدر اعترافهما بوقوع العتق ودعواهما فساده لكان كالمسئلة الاولى انتهى ولم يتضح لنا ماذا اراد بالمسئلة الاولى مسئلتنا التي نحن فيها ام ماتقدمها وكلاهما لايتم بل لو اراد مسئلتنا لقال لكان مما نحن فيه فليتأمل (ثم) انه كأنه لم يلحظ الايضاح فانه ادعى فيه الاجماع على تقديم الشهادة مع التعارض اي في الزمان فلايصح له ان يقول ان الشاهدين لم ينفياه الخ (ثم) انه قال في تأييد الاحتمال الاول أن حق الله تعالى في الاعتاق تابع لوقوعه صحيحا ومنشيء العقد والايقاع اعلم به لانه فعله (قلت) هذا ان جيد ان قال ويلزم عليه عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين لان لله تعالى في ذلك حقا فان الفروج اشد احتياطا من غيرها (قلت) هذا غير جيد جدا

﴿خاتمة في النزاع﴾

(قوله) ﴿ولو اختلفا في تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر غاية المراد الاجماع عليه وقد يظهر ذلك من التذكرة ايضا وان كان مخالفا للاصل (قوله) ﴿لانه قد يصدق ولا بينة﴾ معناه انه يمكن ان يكون صادقا فلو لم يقبل قوله لزوم تخليده الحبس لو فرض التلف ولا يرد مثله لو اقام المالك بينة ببقائه مع امكان كذب البينة لان بقائها ثابت شرعا وظاهر الحال يقتضي صدق البينة فيجوز البناء على هذا الظاهر واهانته بالحبس والضرب الى ان يظهر للحاكم كون تركه ليس عنادا بخلاف البناء على الاصل فانه حجة ضعيفة مختلف فيها في اثبات الاحكام لا في رفعها فانهم اتفقوا على عدم التوريث من مال الغائب المفقود خبره واختلفوا في توريثه اذا مات من يرثه الغائب بل ظاهرهم في الفقه الاتفاق على العدم ومانحن فيه من قبيل الثاني فكانت حجته ضعيفة فلا يناسبها التضييق بالعقوبة (ومن الغريب) انهم هنا لم يختلفوا في تقديم قول الغاصب واختلفوا في باب الاجارة فيما اذا ادعى الصانع تلف مافي يده فقال جماعة انه لايقبل

فاذا حلف طولب بالبدل وان كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف وكذا لوتنازعا في القيمة على رأي ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة او تنازعا في الثوب الذي على العبد او الخاتم الذي في اصبعه (متن)

قوله الا بالبينة كما يأتي بيانه (قوله) ﴿فاذا حلف طولب بالبدل وان كانت العين باقية بزعم الطالب العجز بالحلف﴾ يريد ان الانتقال الى البدل قد يكون لتلف العين وقد يكون لتعذر ردهـا وان كانت باقية فيستحق المالك البدل للحيلولة بتعذر العين والعجز عن ردها وان قطع ببقائها فضلا عن دعوى البقاء ظاهرا واذا ثبت باليمين تلفها فالعجز اظهر واستحقاق البدل متعين وهو جواب عن قول بعض العامة ان المالك ليس له ان يطالب بالقيمة لانه يزعم بقاء العين فلا يستحق البدل وانما ثبت باليمين تلفها بعد اليمين وان اسنده الى ماقبل (قوله) ﴿وكذا لو تنازعا في القيمـة على رأي﴾ اي يقدم قول الغاصب بيمينه كما هو خيرة الخلاف والمبسوط والسرائر في موضعين منها والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح والمقتصر والتنقيح والدروس واللمعة وجامع المقـاصد والمسالك والروضة والرياض وقد نسب في المسالك والكفاية الى اكثر المتأخرين وفي الرياض الى عامتهم (والمخالف) المفيد في المقنعة في باب البيع قال وان اختلفا في القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه ووافقه على ذلك الشيخ في النهاية في باب بيع الغرر والمجازفة ولا ثالث لهما بعد فضل التتبع ولكن قد نسب في الشرائع والتحرير الى الاكثر قال في الكفاية لايبعد ترجيحه ولا ترجيح في كشف الرموز وغاية المراد (حجة) ماعليه المعظم انه منكر وغارم وان الاصل عدم الزيادة وبراءة الذمة وقد اعتضـد باطباق المتأخرين عليه ولعل نظر الشيخين في المقنعة والنهـاية لان كانتـا متون اخبار الى مافي صحيحـة ابي ولاد من قوله فمن يعرف ذلك اي القيمة قـال عليـه السلام انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك وان رد اليمين عليك حلفت على القيمة لزمك ذلك مضافا الى موافقة الاعتبـار فان المالك اعرف بقيمة ماله من الغـاصب الذي يناسبه ان يؤخـذ باشق الاحوال لكن الاصل المتضد بما عرفت يقدم عليها وان كانت خاصة لفقد المكافئة ولا اعتبار بالاعتبار وحده (قوله) ﴿مالم يدع مايعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد﴾ يريد ان تقديم قوله انما هو فيما اذا ادعى مايحتمل كونه قيمة للمغصوب ولو نادرا اما لو ادعى مايعلم كذبه عادة لم يقبل كما في الشرائع والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ولعل ترك هذا القيد في المبسوط وغيره من بقية الكتب المتقدمة لمكان ظهوره وقال في الكفاية قيل لايقبل فظاهره التوقف وهو في غير محله (وهل) يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفائه فيلغى قوله بالكلية ام يطالب بما يكون محتملا فيقبل منه وهلم جرا وجهان صريح التحرير الثـاني قال في جامع المقاصد لم اجد تصريحا باحدهما وقوى في المسالك والروضة الثاني اطرادا للقاعدة قال ولايلزم من الغاء قوله المخصوص لعارض كذبه الغاء قوله مطلقا حيث يوافق الاصل والاصل يقطع بالخبر الصحيح مع موافقة الاعتبار من وجهين في غير محل الوفاق فتأمل (قوله) ﴿وكذا لوادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة﴾ اي يقدم قول الغاصب مع يمينه كما في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها وقال في الكفاية انه غير بعيد لكن في عموم صحيحة ابي ولاد ما يخالفه انتهى (والجواب) عن ذلك هو ماتقدم في مثله بل هنا لامخالف منا اصلا وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الاجرة لاصالة عدمه (قوله) ﴿او تنازعا في

اما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور او ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده او ادعى رد الغصب او رد قيمته او مثله قدم قول المالك مع اليمين ولو اختلفا (متن)

الثوب الذي على العبد او الخاتم الذي في اصبعه — هذا ايضا كسابقه لا اجد فيه خلافا وبه صرح في الكتب المقدمة الا السرائر والتحرير لان يده حالة الغصب على الجميع فيقدم قوله ولا يعارضه سبق يد المالك لان يد الغاصب طارية ناسخة للسابق ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لنفسه ومنفعته وذلك فرع اثبات اليد (قوله) — اما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور — هذا قد تقدم الكلام فيه في اخر المطلب الأول واستوفينا الكلام فيه وهو من متفردات الكتاب (قوله) — او ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده او ادعى رد الغصب او رد قيمته او مثله قدم قول المالك مع اليمين — الوجه في الاخيرين ظاهر لكن الاشكال في امر آخر وهو انه يلزم من تقديم قول المالك تخليد الغاصب في الحبس كما في دعوى التلف ويمكن الفرق بان الغاصب في دعواه التلف اثبت البدل على نفسه وحلفه لاسقاط العين ولو لم يسمع خلد في الحبس فكان عليه اليمين وفي دعواه الرد هنا ادعى اسقاطها فلذا يحلف المالك على عدمه والحلف حجة شرعية كالبينة فلا اقل من البدل بعد تعذر العين ولكن لا ينتقل اليه ابتداء بل بعد الحبس والعذاب اذ الانتقال الى البدل ابتداء من دون حجة شرعية كحلفه اي الغاصب يوجب الرجوع الى قوله محضا في صورة الحلف والى قوله في الجملة في الانتقال الى البدل لانه ما ادعى الرد الا لينتقل الى البدل على الظاهر وتكليفه بالعين يوجب تخليده الحبس فلا بد من شيء يقوم مقام حلفه اي الغاصب ولا بد من شيء لاجل حلف المالك الذي هو حجة كالبينة واين هو في الموضعين الا الضرر والحبس الى ان توجد قرينة على عدم العين كما لو اقام شاهدا واحدا على بقائها (واما الاول) فقد استدل عليه في جامع المقاصد باصل عدم التقدم واصل بقاء الضمان واستحقاق المطالبة وعدم التسليم واراد باصل عدم التقدم اصل عدم تقدم الرد على الموت وهو معارض بمثله وهو اصل عدم تقدم الموت على الرد وهذا التعارض يقضي باقترانهما لكن الاصل عدمه مضافا الى ندرته او عدم تحققه فيما نحن فيه وعدم كفايته في برائة ذمة الغاصب فوجب الترجيح واستصحاب عدم الرد والتسليم يقضي بعدمه الى حين الموت ولا يعارضه اصالة برائة الذمة المرجحة للاصل الثاني لانها مقطوعة باصالة بقاء الضمان واصالة استحقاق المطالبة فيكون القول قول المالك مع يمينه كما هو المشهور (وحكى) في الشرائع والتحرير عن الخلاف انه قال ولو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزا والذي حكياه عن الخلاف انما قاله عند تعارض البينتين وهو الذي حكاه عنه في المختلف والدروس وقال في الدروس انه حسن بل واجب وفي المختلف أنه غير بعيد ولم يتعرض في المبسوط في المسئلة الا لما اذا اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه وقال ان قلنا أن البينتين اذا تقابلتا سقطتا وعدنا الى الاصل وهو بقاء العبد عنده حتى يعلم رده كان قويا (وقال) في السرائر ان الذي قواه مذهب الشافعي في تقابل البينتين لا مذهب اصحابنا وانما مذهب اصحابنا بلا خلاف بينهم الرجوع الى القرعة لانه أمر مشكل وليس هذا من ذلك القبيل ولا هو منه بسبيل ولا في هذا اشكال الى ان قال انا تسمع بينة الغاصب لانها تشهد بامر قد يخفى على بينة المالك واطال في بيان ذلك والاستدلال عليه وانتهض في المختلف للرد عليه وقال ان قول الشيخ غير بعيد كما عرفت وقال في المسالك ان القول بالقرعة عند تعارض البينتين مشكل لانه مع التعارض ان قدمنا بينة الداخل وهو الذي قدم قوله فهو المالك او الآخر فهو الغاصب وقد نبه على ذلك في المختلف (ونحن نقول) لعل الشيخ في الخلاف يقول ان العبد الذي في اللحد خارج عنهما ثم ان من تقدم قوله هنا لا يكون داخلا والغاصب خارج لان الخارج هو المدعي بجميع معانيه والمالك لا يترك اذا ترك ثم انه قد تقدم انا ان الغاصب ذا يد فتأمل جيدا (قوله) — ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف

بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده اوادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال ولو غصبه خمرا وادعى المالك تخلله عند الغاصب وانكر الغاصب قدم قول الغاصب ولو باع الغاصب شيئاً او وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعتك مالا املك واقام بينة فالاقرب انه ان اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته والافلا كأن يقول بعتك ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي او اقبضته ملكي (متن)

والغاصب بعده ❊= اي لو اختلفا بعد اتفاقهما على ارتفاع قيمته باعتبار السوق في وقت حصول هذه الزيادة فادعى المالك حصولها قبل التلف وانكر الغاصب ذلك قدم قول الغاصب بيمينه لانه منكر (وحكى) في جامع المقاصد عن الشهيد في حواشيه انه قال ان هذا انما يتأتى عند من قال بضمان اعلا القيم اما من قال بضمان قيمة يوم التلف كالمصنف في المختلف فأنه يسقط هذا الفرع قال وفيه نظر لان زيادة القيمة قبل التلف صادق على ما اذا بقيت الزيادة الى حين التلف فلايتم ماذكره (قلت) بل هو صادق على ما اذا زادت عند التلف ونظر الشهيد الى ان اطلاق هذه الكلمة لايتم الا على ذلك القول وهو كذلك الا ان يدعي ان المتبادر من الكلمة هو ما كان عند التلف فيكون هو الجواب لاغيره وقد اختار المصنف هذا القول في الكتاب في عدة مواضع وانما ظاهره التوقف فيه في موضع واحد ولا مانع من تنزيل هذا الفرع على مختاره فيه (قوله) ❊ اوادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال ❊ هذا قد تقدم الكلام فيه في آخر المطلب الاول مستوفى لانا ذكرنا هناك هذا الفرع والفرع المتقدم وهو ما اذا ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة (قوله) ❊ ولو غصبه خمرا وادعى المالك تخلله عند الغاصب وانكر الغاصب قدم قول الغاصب ❊ كما في التذكرة وجامع المقاصد مع تقييد الخمر فيهما بكونها محترمة لانها اذا تخللت حينئذ في يد الغاصب تكون للمالك وغيرها يملكها الغاصب بتخللها عنده لحدوث الملك في يده ولا اولية للاول كما تقدم بيان ذلك (والوجه) في تقديم قول الغاصب ان الاصل برآءة ذمته وشغلها يتوقف على الثبوت والاصل عدم تخللها وكان على المصنف ان يؤنث الضمير وقوله قدم قول الغاصب جواب للشرط في المسائل الثلث (قوله) ❊ ولو باع الغاصب شيئا اووهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعتك ما لا املك واقام بينة فالاقرب انه ان اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعائه الملكية سمعت بينته والا فلا كان يقول بعتك ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي او قبضته ملكي ❊ هذا معنى ما في المبسوط والسرائر والارشاد والايضاح والدروس والمسالك ومجمع البرهان وقد استحسنه في التحرير ولا ترجيح في الشرائع قال هل تسمع بينته قيل لا لانه مكذب لها بمباشرة البيع وقيل ان اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه من الالفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية قبلت والاردت ونحوه ما في المسالك والتحرير من ان في المسئلة قولين مع استحسان الاخير في الاخير واختياره في الاول كما سمعت ولم نجد القائل بعدم السماع مطلقا لافي الباب ولاباب الهبة ولاالاقرار ولا القضاء حتى انه في المبسوط لم يذكره لاحد من العامة وانما ذكره احتمالا (ووجهه) اي هذا الاحتمال انه مكذب لبينته بمباشرته البيع الدال على كونه ملكه (وضعف) بان البيع كما يقع على ما يملكه يقع على ما لا يملكه بالاذن وغيره غايته انه بدون الاذن يكون فضوليا فطلق البيع لا يقتضي تكذيب البينة لامكان صدقها في عدم ملكيته وامكان صدقه في البيع ولهذا حكم الاصحاب بالسماع ان اقتصر على لفظ البيع (وعساك تقول) ان اطلاق البيع ينزل على ما يملكه

المقصد الثاني في الشفعة وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع (متن)

ومن ثم لو باع مالك النصف مشاعا النصف انصرف الى نصيبه ولم ينزل على الاشاعة ولو كان اعم لنزل عليها (لانا نقول) قد تقدم ان احتمال الاشاعة في المثال قد ذكره جماعة فليس بتلك المكانة من الوهن والضعف (ثم) ان القرينة هنا موجودة فان الظاهر الغالب كون الانسان لا يبيع ملك غيره بل مال نفسه فاذا امكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة والعرف المطرد بخلاف ما اذا باع الانسان مال غيره الذي لا يتصور ملك البائع له حالة البيع فانه لا نفوذ له الا في ملك الغير لعدم امكان غيره فكان ذلك هو المخصص لهذا الفرد (واما) حكمهم بعدم السماع فيما اذا ضم اليه ما يدل على كونه مالكا فلتكذيبه اياها وفي مجمع البرهان يمكن السماع لدعوى الغلط والنسيان الا انه قال انه بعيد جدا

تم بعون الله تعالى وحمده

بتوفيق منه وتسديده

وصلى الله على

محمد وآله

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كما هو اهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد واله الطاهرين ورضي الله عن رواتنا المحسنين (وبعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد آية الله الامام العلامة زاد الله سبحانه اكرامه تصنيف الاقل الاذل الراجي عفو ربه الغني محمد الجواد بن محمد ابن محمد الحسيني الحسني العاملي عامله الله بلطفه الجلي والخفي قال :

المقصد الثاني في الشفعة

(قوله) وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع — قد بينا في باب الرهن ان المقصود من تعريفات الابواب انما هو التمييز في الجملة لتذكر فيرتبوا عليها الاحكام وقد استوفينا الكلام في ذلك فلا يقدح فيها مايورد عليها ولا ينبغي الاشتغال بذلك لكنه لما تعرض لذلك المقداد والمحقق الثاني والشهيد الثاني واوردوا على المصنف والمحقق ما اوردوا اردنا ان نبين ان ذلك في غير محله فتعريف الكتاب هو ما سمعته (وعرفها) في الشرائع بانها استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع (واول) من عرفها فيما اجد ابو الصلاح صاحب الغنية قال في الغنية الشفعة في الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه او قيمته وتبعه على ذلك صاحب السرائر حرفا فحرفا واقتفاها المتأخرون فعرفها الرجل الواحد في كل كتاب بما حصل في نظره انه يحصل التمييز به (وقد) اورد الفاضل المقداد على تعريف الكتاب ووافقه شيخنا صاحب الرياض بانه قد يستحق الشريك حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر كالارث وغيره

وفيه (اولا) انك قد عرفت ان الغرض التميز في الجملة وانما يحصل تمام التميز بالعلم بالشرائط من الادلة (وثانيا) ان ترتيب الحكم على الوصف يفيد العلية ولهذا قلنا ان التخصيص بالوصف كالتخصيص بالا والشرط والغاية وان مفهومه حجة (وثالثا) ان قوله بالبيع قد تنازعه قوله استحقاق والمنتقلة (ورابعا) ان المراد بالاستحقاق الاستحقاق الشرعي الذي ثبت بسبب البيع لاحد الشخصين فقط اللذين كانا شريكين في شيء واحد الى حين انتقال الملك الى غير مستحق ذلك الاستحقاق فالمراد بالشريك الشريك عرفا وهذا المعنى هو المتبادر من التعريف المذكور من وجوه وان كان قد يبادر بالتكثير باديء بدء وبه يندفع ما اورد عليه وعلى تعريف الشرائع المحقق الكركي والشهيد الثاني (قال الاول) ان هذا التعريف صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعه اياها ثم ان الحصة لا يعلم اي حصة يراد بها وكذلك الشريك لا يتعين اي شريك يراد به قلت (اما الاول) فيدفعه ان المتبادر انتقالها الى غير مستحق ذلك الاستحقاق وما ذكر لايعرج عليه الابعد التنبيه عليه (وقال) في المسالك) ولا يجدي الجواب بان الشريك بعد البيع ليس بشريك لمنع زوال اسم الشريك عنه بناء على انه لايشترط في صدق المشتق حقيقة بقاء المعنى المشتق منه ولا مخلص من ذلك الا بالتزام كونه حينئذ مجازا لكن الاصحاب يقولون به وعلى هذا فتصدق الشركة بعد المقاسمة ويلزم ثبوت الشفعة لاحد الشريكين المتقاسمين في حصة الاخر اذا باعه لغيره وهم لا يقولون به (قلت) ظاهر الاجماع على انه لايشترط في صدق المشتق بقاء المبدء حيث نسب عدم القول بالمجازية الى الاصحاب وهو صحيح فيما اذا كان متجاوزا متعديا كالضارب والقاتل واما اذا كان الوصف مما ثبت (كذا) دام فلا ريب في اعتبار البقاء كما انه اذا كان مما ثبت (كذا) دام مدة فانه يعتبر البقاء تلك المدة كالحائض والشريك فالحائض بعد انقضاء الحيض ليست بحائض والشريك بعد البيع ليس بشريك لغة وانما هو شريك عرفا من جملة مسامحات اهل العرف والبناء في الباب على العرف (واما) الشريك بعد القسمة فيرده الاي ادبه انك قد عرفت ان المراد من الاستحقاق هو الاستحقاق الشرعي فلا تثبت فيما اذا لم يكن عموم يدل على اثباتها فلم يدخل حتى يخرج (سلمنا) انه تعريف للمطلق لكن التصحيح وغيره يعلمان من الشرائط بعد ذلك (واما) قوله في جامع المقاصد ان الحصة لايعلم اي حصة يراد بها وكذلك الشريك لايتعين اي شريك يراد به فقد اوضحه في المسالك بقوله انه يصدق مع كثرة الشركاء اذا كانوا ثلثة فباع احدهم لاحد الاخرين فانهُ حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصة المستحقة بالبيع الى احدهما من شريكه الا ان يقال هنا الشريك لم يستحق حصة شريكه بل بعض حصته وهي المنقلة بالبيع دون باقي حصته حيث ان شريكه يشمل الشريكين بناء على ان المفرد المضاف يفيد العموم فلم يتحقق استحقاقه حصة شريكه ويؤيد هذا ان الحصة وان كان صادقة على بعض ما يستحقه الشريك كما يقال باع حصة من نصيبه وان قلت الا انها باضافتها الى الشريك تتناول جميع حصته بناء على القاعدة المذكورة (قلت) لعله اشار في جامع المقاصد بقوله ان الحصة لاتعلم اي حصة هي الى ما ذكره في المسالك في قوله الا ان يقال واشار ايضا بقوله في جامع المقاصد وكذلك الشريك لا يتعين اي شريك الى ما في المسالك من قوله انه يصدق مع كثرة الشركاء الخ (ثم) قال في المسالك ولا تنخلص من هذه المضايقات الا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكا عرفا والاستحقاق بسبب بيع احد الشريكين الاخر لايتحقق الا بعد تمام البيع ومعه تزول الشركة عرفا وان صدقت لغة انتهى وفيه نظر من وجوه (الاول) انه اذا كان الشريك بعد البيع لايبقى شريكا عرفا خرجت جميع افراد المعرف فلم يبق منها شيء داخل تحت التعريف (والثاني) ان المتبادر من التعريف ان هناك شريكين لاغير فلا يحتاج الى قوله الا ان يقال الى اخره (ثم) ان ما تضمنه اي قوله الا ان يقال غير تام لان الحصة في تعريفي الشرائع والكتاب مقيدة بكونها منتقلة بالبيع (والثالث) ان اضافة حصة الى الشريك ليست للعموم قطعا بل هي اعم والا لزم ان لاتثبت الشفعة اذا باعه بعض الحصة لانه ليس بجميع الحصة (ثم) ان الحال في الاضافة كالحال في التعريف باللام تجري فيه الاقسام الاربعة وليست

وليست بيعا فلايثبت خيار المجلس وفيه فصول (الاول) المحل وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة فلا تثبت في المنقولات على راي (متن)

كل اضافة للعموم هذا وقد اجمعت الامة على ثبوتها وان اختلفوا في مسائلها كما في المهذب البارع (قوله) ==*﴿ وليست بيعا ﴾*== باجماع الامة على الظاهر من التذكرة وغيرها (قوله) ==*﴿ فلا يثبت خيار المجلس ﴾*== عند اصحابنا جميعهم كما في جامع المقاصد وعند علمائنا كما في التذكرة وبلا خلاف كما في السرائر فلو اخذ واثبت الملك لم يكن له الخيار في الفسخ نعم له العفو والاسقاط قبل ذلك والشافعي قولان في ثبوت الخيار بان يترك بعد ما اخذ او ياخذ بعد ما تركما دام في المجلس لان ذلك معاوضة فله في اخذها وتركها خيار المجلس ولا ينقطع بمفارقة المشتري المجلس ويأتي انشاء الله تعالى ما يدل على ثبوت خيار العيب والظاهر ثبوت خيار الغبن لان فيه دفعا للضرر المنفي ولانه ربما ادى نفيه الى الضرر بان يبيعه باضعاف القيمة لايقاع الشفيع الجاهل بها والظاهر انه لايثبت فيها خيار الشرط اذ لا عقد ليشترطا فيه ذلك مع عدم الدليل على ثبوته (قوله) ==*﴿ الاول المحل وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة ﴾*== (اما) ثبوتها في العقار الثابت كالمساكن والعراص والبساتين فقد استفاض نقل الاجماع عليه حكاه الشيخ في الخلاف والمحقق في الشرائع والنافع في موضعين من كل منهما وتلميذه في كشف الرموز والمصنف في التذكرة والشهيد في غاية المراد وصاحب جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان وفي التذكرة ايضا انه لاخلاف فيه الا من الاصم (قوله) ==*﴿ فلا تثبت في المنقولات على رأي ﴾*== هو خيرة الخلاف والمبسوط ومجمع البيان وفقه الراوندي صرح به عند كلامه على بيع الثمرة والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان (وحكاه) في المختلف عن والده وابن حمزة ولعله اراد في الواسطة كما حكاه عنها كاشف الرموز او اراد الوسيلة لانه الظاهر منها ومن المراسم لان الظاهر منها اختصاص الشفعة بالاملاك اي العقار (وهو) الذي يقتضيه كلام الحسن ابن ابي عقيل حيث قال لا شفعة في سفينة ولا رقيق ولا قائل منا بالفصل بينهما وبين غيرهما وقد قال به او مال اليه في غاية المراد ونفي عنه البعد في الكفاية (وهو) مذهب اكثر اصحابنا كما في الخلاف واكثر المتأخرين كما في المسالك والكفاية والاشهر كما في المهذب البارع والمشهور كما في التذكرة وجامع المقاصد وبين المتأخرين كما في مجمع البرهان وعليه المتأخرون كما في الدروس وهو الظاهر من رواياتهم كما في الخلاف واخبارهم اشهر كما في التذكرة (وقد) نسبه في الدروس الى ظاهر المبسوط والذي وجدناه في عدة مواضع منه التصريح به وهو الذي حكاه عنه جماعة (وكيف كان) فالظاهر ان القائل به من القدماء خمسة وستعرف ان الصدوقين اكثر موافقة لهم لانهما انما وافقا ارباب القول الثاني في الحيوان والرقيق كما ستسمع (واما) القول بانها تثبت في كل مبيع منقول او غيره فهو صريح المقنعة في آخر الباب قال وكذلك الحكم في جميع العروض والنهاية في اول كلامه والاستبصار والانتصار والكافي والمهذب والغنية والسرائر وقيل انه خيرة الصدوق في المقنع ووالده في رسالته وستسمع ما فيهما وهو المحكي عن ابي علي ونفي عنه البعد في الدروس وفي المهذب انه اظهر في المذهب وفي السرائر انه اظهر اقوال اصحابنا وانه مذهب السيد وغيره من المشيخة (وقد) حكى شيخنا في الرياض عنها دعوى الاجماع وجعله (وجعلها خ ل) من سنخ اجماع الانتصار وليس كذلك قطعا لانه قال في السرائر الدليل على صحة ما اخترناه الاجماع من المسلمين على وجوب الشفعة وعموم الاخبار انتهى وهو غير دعواه على ما نحن فيه وانما هو استدلال بعموم الاخبار وعموم معقد الاجماع والا فكيف يقول قبل ذلك انه اظهر اقوال اصحابنا كما هو واضح (وفي) المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض انه مذهب اكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين لكنا نحن لم نجد ذلك لاحد ممن تأخر الا ما في الدروس من نفي البعد عنه وفي الانتصار الاجماع

عليه وانه من متفرداتنا وان الاخبار به كثيرة (هذا) وقد قال في المختلف ان المفيد في المقنعة لم يصرح بشيء ونسب هذا القول في الدروس الى ظاهرها اي المقنعة وكلاهما في غير محله كما عرفت (والشيخ) في النهاية بعد ان صرح بما حكيناه عنه قال ولا شفعة فيما لا تصح قسمته وهو يخالف العموم الصريح في كلامه الاول وقال في الدروس ان الصدوقين اثبتاها في الحيوان والرقيق والموجود في المقنع لاشفعة في سفينة ولا طريق ولا حمام ولا نهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم وهي واجبة في كل شيء عدا ذلك من حيوان وارض ورقيق وعقار ولعل الظاهر منه ارادة العموم لاقصر الحكم على المذكور ونحوه ما حكي عن رسالة والده وما في الاستبصار قد لا يكون مذهبا له لانه جمع بين الاخبار فتأمل فقد قل القائلون بهذا القول ولا ترجيح في التنقيح والمفاتيح (ونحن نقول) انما اختاره المتأخرون هو المختار لانه هو الموافق للاصول وان القائل به اكثر وان ادلته من الاخبار اشهر واظهر واكثر (ونعم) ماقال المقدس الاردبيلي ان الادلة من العقل والنقل كتابا وسنة واجماعا دلت على عدم الجواز فيما ينقل وما لاينقل خرج مالا ينقل مطلقا بالاجماع وبقي الباقي تحت المنع بالدليل القوي المفيد لليقين واراد بالدليل المفيد لليقين ان من الاصول المقررة والضوابط المسلمة انه لايجوز التسلط على مال المسلم الابرضاه وطيب نفسه مضافا الى ان الاصل ايضا براءة ذمة المشتري من وجوب دفع مااشتراه الى الشريك والاصل اباحة تصرفه فيه (واما) ما ادعاء علم الهدى من الاجماع على ثبوتها في كل شيء من المبيعات من عقار وضيعة ومتاع وعروض وحيوان كل ذلك مما يحتمل القسمة اولا يحتملها هذا نصه في معقد اجماعه فمو هون بامور (الاول) اطباق المتأخرين على خلافه وقد عرفت انه في الدروس نسب عدم ثبوتها فيما لاينتقل الى المتأخرين وظاهره انهم مجمعون على ذلك ويشهد له التتبع (الثاني) انه معارض بنسبة الخلاف في الخلاف الى اكثر اصحابنا وبالشهرة المطلقة في التذكرة وجامع المقاصد وبقول كاشف الرموز في رده بانا (فانا خ ل) لانتحققه مع وجود الخلاف (ثم) اذا رجعنا الى التتبع وملاحظة اصحاب الفتاوى ممن تقدمه او عاصره والى رواة الاخبار اذ الاقدمون انما ينقلون مااستمرت عليه طريقتهم واستقامت عليه سيرتهم يعرفون ذلك من آثارهم واخبارهم فرأينا ان الموافق له من اصحاب الفتاوى ابو علي فيما حكي عنه وليس النقل كالعيان (واما) الصدوقان فمخالفان له لانهما لم يثبتاها في السفينة والطريق والحمام والنهر والثوب ومعقد اجماعه كما عرفت نص صريح في عدم الفرق بين مايقبل القسمة ومالايقبلها فكل من قال بعدم ثبوتها فيما لايقبل القسمة مخالف له وهو المشهور كما في التذكرة كما يأتي انشاء الله تعالى ومنهم الشيخ في النهاية ثم ان الشهيد فهم منهما اي الصدوقين قصر الحكم على الحيوان والرقيق وهذه مخالفة اخرى ان تم مافهمه (واما) المفيد فقد سمعت ماحكاه عنه في المختلف وما حكاه في الدروس (واما) رواة الاخبار فقد (روى) الكليني وحده ان الشفعة لاتكون الا في الارضين والدور فقط (وروى) ايضا هو والشيخ في التهذيب في الصحيح انه لاشفعة في الحيوان (ورواه) الشيخ ايضا وحده موثقا (ورواه) الصدوق وحده صحيحا (وروى) الكليني والشيخ ان لاشفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق وزاد في الفقيه ولا في رحا ولا في حمام ورووا جميعا ايضا بعدة طرق ان الشفعة لاتكون الا لشريك لم يقاسم وهذا يقضي بانها لاتكون الا فيما يمكن فيه القسمة وبذلك يعرف مذهب المشايخ الثلاثة ان كانت رواياتهم تدل على آرائهم وتعرف آراء رجال هذه الاخبار وهم بحذف المتكرر منهم مايبلغون عشرين رجلا تقريبا او يزيدون وفيهم من اجمعت العصابة على تصحيح مايصح عنه وان لحظت الطرق بحذف المتكرر زادوا على الثلثين فيما احتمل (فان قلت) قد روى ثقة الاسلام والشيخ عن يونس مرسلا والصدوق مرسلا عن ابي عبد الله (ع) عن الشفعة لمن هي وفي اي شيء هي ولمن تصلح وهل يكون في الحيوان شفعة وكيف هي فقال الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع اذا كان الشيء بين شريكين لاغيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على اثنين فلا شفعة لاحد منهم (وروى) الشيخ في صحيحة ابن سنان قال قلت لابي عبد الله عليه السلام المملوك يكون بين شركاء فباع احدهم نصيبه فقال احدهم

انا احق به اله ذالك قال نعم اذا كان واحدا وقد رواه في الكافي في الحسن والشيخ في الصحيح من دون تفاوت اصلا لكن مع زيادة فقيل له في الحيوان شفعة فقال لا وروى نحوه في التقيه مع زيادة لا شفعة في حيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا مضافا الى اطلاق قوله (ع) في حسنه الغنوي هارون بن حمزة الشفعة في البيوع اذا كان فهو احق بها من غيره بالثمن وقول امير المؤمنين (ع) في خبر السكوني وصي اليتيم بمنزلة ابيه يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة وقال للغائب شفعة ونحو ذلك خبر البقباق والبصري فهذه الاخبار في مقابلة تلك الاخبار والرجال في مقابلة الرجال (قلت) (اما الاولى) فمع ارسالها واعراضها في رواية التقيه وقلة رجالها وعدم موافقة جوابها التام سؤالها معارضته برسلة الكليني الاخرى الصريحة وبصحيحة الحلبي وحسنته وموثقة سليمان بن خالد وعبد الله بن سنان حيث ورد فيها جميعها ان ليس في الحيوان شفعة فتحمل المرسلة على التقية من ابي حنيفة ومالك كما حكاه عنهما في الخلاف وحكى في التذكرة عن مالك في احدى الروايتين ثبوتها في كل المنقولات ولما رواه العامة كما في التذكرة ان النبي (ص) قال الشفعة في كل شيء وهو يوافق صدر متن المرسلة ونقل الشيخ والمصنف مع شهادة الخبر العامي يقدم على نقل السيد في الانتصار من ان العامة مجمعون على انها لا تجب الا في العقار والارضين دون العروض والامتعة والحيوان على انه قال في الانتصار انه قد روي عن مالك خاصة انه اذا كان طعام او بز بين شريكين فلشريكه الشفعة او يحمل المرسلة على الاستحباب كما يأتي وبما عرفته من تحرير القدماء لم تتحقق شهرة تجبر مرسلتهم لامن التتبع ولا من اجماع الانتصار ولا من النسبة الى اكثر المتقدمين في المسالك نعم الشهرة في القول الاخر معلومة بين المتأخرين منقولة على الاطلاق كما عرفت فتجبر مرسلة الكليني وغيرها ان احتاج وحمل الشيخ في الاستبصار الاخبار الثانية لثبوتها في الحيوان على ما اذا كان بين اكثر من شريكين غير جيد جدا لانه مضافا الى بعده وعدم المناسبة اذ لا شفعة مع الكثرة في الحيوان وغيره لا يتأتى في صحيحتي الحلبي لانه (ع) نفاها فيهما عن الحيوان مع التقييد قبل ذلك بالواحد اذ الخبر هكذا عن ابي عبد الله (ع) المملوك يكون بين شركاء فباع احدهم نصيبه فقال احدهم انا احق به اله ذلك قال نعم اذا كان واحدا فقيل له في الحيوان شفعة فقال لا فتأمل (وعساك تقول) قد دلت الاخبار الصحاح ومن جملتها الاخبار التي نفتها عن الحيوان على ثبوتها في المملوك وان الشريك احق (قلت) ليس في هذه الاخبار الا انه احق وهو ظاهر في الاستحباب دون الحتم والايجاب (سلمنا) عدم الظهور لكنه ينزل عليه جمعا ويكفينا في الشاهد على الجمع بين الاخبار مجرد الاشعار ويمكن تنزيل المرسلة على ذلك كما تقدم ان لم نطرحها او نحملها على التقية (او نقول) ان هذه الصحاح دلت على نفي الشفعة في الحيوان فينتفي في غيره لعدم القائل بالفصل وقد دلت على ثبوتها في المملوك ولا قائل بالفصل فقد تدافعت فوجب اطراحها والرجوع الى غيرها (ثم) انه يمكن حمل المملوك فيها على المملوك الذي لم ينقل كما لعله يفهم من بعض هذه الاخبار وليس المملوك صريحا نصا في العبد والامة فتخصص هذه الاخبار بما ذكر في ذيلها وفي غيرها بان ليس في الحيوان شفعة (ثم) ان صحيحتي الحلبي لم يعمل بهما احد من اصحاب القولين بل ولا غيرهم ولا نقل القائل به من الاصحاب سوى المحقق في كتابيه والمصنف في التحرير وقد اعترف الشهيد ومن تأخر عنه بعدم معرفته نعم عمل بهما المصنف في المختلف كما يأتي ان شاء الله تعالى (وأما الثانية) أعني حسنة الغنوي التي استدل بإطلاقها في الرياض فهي في حكم المقيدة قال سألته عن الشفعة في الدور اشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو احق بها من غيره فقال الشفعة في البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها من غيره بالثمن فالسؤال كان راجعا الى الجار ولا نمنع احتمال رجوعه الى التشفيع المفهوم من الشفعة (وليس) لك على الاول ان تقول ان خصوص المورد لا يخصص الوارد لعدم استقلال الجواب مضافا الى ما ستسمع وقد عرفت انحصار في الاخبار التي وردت بان لا شفعة الا لشريك غير مقاسم فلا وجه لاستدلاله في الرياض باطلاقها بل لم يذكر في السرائر في ادلة خصمه سواها على ان هذه الاطلاقات جميعها واطلاق اخبار السكوني والبقباق والبصري لم تكن مسوقة لبيان تعميم الشفعة وانما هي لبيان احكام اخر كما

ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين ولو بيعا منضمين الى الارض دخلا في الشفعة تبعا (متن)

هو الظاهر المتبادر لمن لحظها فلا وجه للاستدلال بها كما حرر في فنه وقد بيناه مرارا في مطاوي هذا الكتاب واوضحناه في باب الرهن وقد بان بذلك صحة ما قلناه في الوجه الثالث في صدر المسئلة من ان اخبارنا اشهر واظهر واكثر وعليها استمرت طريقة الناس في معاملاتهم وانهم لينكرون ثبوت الشفعة في الثوب والقدر والابريق والفرس والبعير والحنطة والشعير والملح والتمر والزبيب فاو ان احدا اليوم ادعى الشفعة في امثال هذه لبادروه بالنكير اخذوا ذلك يدا عن يد وهذا يدل على طريقة مستقيمة وسيرة مستمرة وما صدر من اولئك الاجلاء مخالفا لذلك فانما هو عن غفلة عن ذلك ولعله لم يبق بعد اليوم في المسئلة اشكال للمنصف وقد وقع لجماعة من الاجلاء الكبار في المسئلة خلل فبعض في النقل وبعض في الفهم وبعض في الاستدلال ومن الاخير ماوقع للمصنف في المختلف من الاستدلال للمتأخرين بمفهوم اللقب في خبر عقبة بن خالد (قوله) ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين = بناء على مختاره في المنقول لانهما في حكم ماينقل وقد كانا في الاصل منقولين وسينقلان وان طال الزمان (ويبقى) الكلام في المراد بالبناء اهو مايشمل المسكن او المراد به غيره كالجدار الواحد وحده كما هو ظاهر التذكرة او صريحها وبالجملة مالا يسمى مسكنا الظاهر من كلام جماعة الاول وبه صرح المحقق الثاني فيما يأتي والشهيد الثاني وقال في المسالك المسكن اسم للمجموع المركب من الارض والبناء (قلت) لو كان كذلك ما استشكل جماعة كما يأتي قريبا في ثبوت الشفعة في الغرفة المشتركة في السقف والجدران والسقف الذي هو ارضها وسقف قبة اخرى لغيرهما وبالجملة حيث لاشركة بينهما في ارض السفل بل جزموا بالعدم اذ لا ارض هنا ولا اختار بعضهم ثبوت الشفعة في ذلك مع مايرونه من اتفاق القائل بعدم ثبوتها في المنقول على عدم ثبوتها فيما اذا بيع البناء وحده وتصريحهم بان الشفعة لاتثبت فيه الا تبعا (ولكن) لك ان تقول لو كانت الارض غير داخلة في مفهوم المسكن بل يصدق ولو كانت ارضه سقف غرفة لما استشكلوا ايضا في الغرفة المذكورة بل جزموا بالثبوت ولا حكم بعضهم بالعدم (والذي) ينبغي ان يقال ان المساكن عطفت في النص على الارضين قال عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن ولا بد في عطف الخاص على العام من نكتة ولم تتضح لنا هنا ولا حاجة بنا الى تجشمها اذ اهل العرف واللغة لايرتابون في صدق المسكن حقيقة على هذه الغرفة ونحوها فيتعين ان يراد بالبناء هنا ما في التذكرة ويكون العطف في الخبر من باب عطف العام على الخاص من وجه (قوله) ولو بيعا منضمين الى الارض دخلا في الشفعة تبعا = بلا خلاف كما في موضعين من المبسوط وظاهره نفيه بين المسلمين ونحن ايضا لم نجد فيه لنا خلافا بل وجدنا عباراتهم مصرحة بذلك وقد يظهر الاجماع من الشرائع والمسالك والكفاية حيث قيل فيها تثبت فيهما تبعا للارض ولو افردا بالبيع نزل على القولين فظاهرها انه لا خلاف حيث تضمنا لكنه لا وجه حينئذ لقوله في الكفاية الظاهر ثبوتها حيث تضم والوجه في ذلك قبل الاجماع دخولهما في عموم النص الوارد في المساكن والدور قال في التذكرة وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني الاول يتناول الابنية والثاني يتناول الجدران والسقوف والابواب وفي بعض اخبار العامة انظ الربع وهو يتناول الابنية (قلت) في تناول المساكن لمطلق الابنية حتى الحائط الواحد وحده منع واضح واما الغرس فلا قائل بالفرق بينه وبين البنيان اذا ضم الى الارض وانما تتحقق التبعية اذا بيعت الاشجار والبناء مع الارض التي هي فيها لا فيما اذا بيعت مع ارض اخرى كما نص عليه جماعة لان النص لا يتناول ذلك ولا تبعية فيه اصلا وفي التذكرة ان المزرعة اذا انقسمت ولم ينقسم بئرها ان الاقوى ثبوت الشفعة في البئر لانها تبعة كالاشجار وفي جامع

وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله ولا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء ولا في الثمرة وان بيعت على شجرها مع الارض واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لا ثبات لها اذ لا ارض لها ولو كان السقف لها فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت واحترزنا بالمشترك عن غيره فلاتثبت بالجوار (متن)

المقاصد انه موضع نظر وفيه نظر يعرف مما ياتي في الدولاب ونحوه (قوله) وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله ومن انه منقول في نفسه ولذلك تردد في الشرائع والكفاية والاصح الدخول كما هو خيرة التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك لتناول اسم الدار والحمام والبستان له اذا كان من جملة المرافق كالابواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل عادة وهذا خلاف ما ذكر في وجه النظر اذ فيه نظر وفي التذكرة ان الاقرب عدم الدخول (وموضع) التردد والخلاف ما اذا بيع مع الارض كما هو المفروض في الشرائع وما ذكر بعدها واما اذا بيع وحده فلا بحث ولا اشكال في عدم ثبوت الشفعة فيه بناء على عدم الثبوت فيما ينقل كما في جامع المقاصد والمسالك وقد توهم عبارة الايضاح خلاف ذلك وفي معنى الدولاب الناعورة كما نبه عليه في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك (قوله) ولا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء كما في الشرائع وغيرها وفي مجمع البرهان يمكن عدم الخلاف فيه لانها منقولة حقيقة كما هو ظاهر بناء على عدم الثبوت فيما ينقل (قوله) ولا في الثمرة وان بيعت على شجرها مع الارض كما في الخلاف وفقه الراوندي والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي المسالك انه اشهر (قلت) المخالف انما هو الشيخ في المبسوط (قال) تثبت في الزرع والثمار اذا دخلت في المبيع بالشرط وبه قال ابو حنيفة ومالك ونظر الاصحاب الى الاصل وانها صارت في حكم المنقول اذ لا يراد دوامها لان لها امدا معينا ينتظر وانها لا تدخل في مفهوم البستان ونحوه ومن ثم لا تدخل في بيع الاصل بعد ظهورها وفي معناها الزرع كما صرح به في الخلاف وفقه الراوندي والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها (قوله) واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لا ثبات لها اذ لا ارض لها كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (ومعناه) انه لو كانت ارض الغرفة سقف صاحب السفل المختص به لم يثبت في الغرفة شفعة لو كانت مشتركة وباع احد الشريكين حصته لانتفاء التبعية المقتضية لثبوت الشفعة وكذا لو انتفى السقف عنها ويظهر من الدروس التوقف حيث قال لا شفعة فيها عند الفاضل ولعله لحظ انها ثابتة عادة وان المساكن في النص يتناولها مع وجود العلة وهو في محله (قوله) ولو كان السقف لها فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت اي ومن عدم النقل عادة ولا ترجيح ايضا في التحرير والدروس (واعترض) في الدروس على تعليل المصنف فقال لو علل بان آلات البنا انما تثبت فيها الشفعة تبعا للارض ولا ارض هنا كان اوجه وفي التذكرة الاقرب ان لا شفعة وفي الايضاح ان الاولى ثبوت الشفعة (قلت) لعله كذلك لثبوته عادة ولانه مسكن مع وجود العلة وقد عطفت المساكن في النص على الارضين كما تقدم بيانه وهذا هو الذي نبهنا عليه فيما سلف ومنه يعرف الحال فيما قال في جامع المقاصد ان الاصح عدم الثبوت وان الاستناد الى عدم النقل عادة ليس بشيء لان آلات البناء منقولة في الاصل وصائرة الى النقل والشفعة انما تثبت فيها تبعا للارض ولا ارض هنا انتهى ومراد المصنف ان السقف الذي هو ارض الغرفة مشترك بينهما مع جدرانها وسقفها من دون اشتراكهما في ارض السفل (قوله) واحترزنا بالمشترك عن غيره فلا تثبت بالجوار

ولا فيما قسم وميز الا مع الشركة في الطريق او النهر اذا ضمها البيع (متن)

اجماعا كما في الخلاف والغنية والسرائر وظاهر التنقيح كما يظهر من كلامه في المسئلة الآتية وفي المسالك انه مذهب الاصحاب الا العماني وفي المفاتيح لاخلاف فيه منا فلم يعده مخالفا كالثلاثة الاول وفي الدروس وغيره ان خلاف العماني شاذ وهـذا يجري مجرى دعوى الاجماع وتنطبق على ذلك بالاولوية الاجماعات المحكية على نفي الشفعة فيما قسم مضافا الى الاصل واختصاص الاخبار المخصصة له بما فيه الشركة مع فحاوى النصوص الدالة على نفي الشفعة فيما قسم (وقال) العماني فيما حكي عنه لاشفعة لجار مع الخليط وهو يقضي بثبوتها للجار لكن الخليط مقدم عليه وهو مذهب ابي حنيفة وجماعة من العامة مستندين الى ما رووه عنه (ص) ان الجار احق بالشفعة (واجاب) عنه ابن زهرة وابن ادريس بان في ذلك اضمارا واذا اضمروا انه احق بالاخذ بالشفعة اضمرنا انه احق بالعرض عليه (قلت) اضمارهم اوجه من وجوه (واجابا) ايضا بان المراد بالجار في الخبر الشريك لانه خرج على سبب يقتضي ذلك لانه روى عمر بن الشريد عن ابيه قال بعت حقا من ارض لي فيها شريك فقال شريكي انا احق بها فرفع ذلك الى النبي (ص) فقال عليه السلام الجار احق بالشفعة (واجابا) ايضا بان الزوجة تسمى جارة لمشاركتها الزوج في العقد قال الاعشى (ايا جارتا بيني فانك طالقة) وهي تسمى بذلك عقيب العقد وتسمى به وان كانت بالشرق والزوج بالمغرب فليس لاحد ان يقول انما سميت بذلك لانهما قريبة مجاورة قالا فقد صار اسم الجار يقع على الشريك لغة وشرعا وكأن الخبر عندهم معتبر والا لما احتاجا به ويرشد الى ذلك انه في التذكرة طعن في سند خبر ابن سمرة به وما طعن في سنده وفي المهذب ان للجار حقا وحرمة وليس له شفعة (قوله) =*﴿ ولا فيما قسم وميز ﴾*= هذا ايضا مما اجمع عليه الاصحاب لم يخالف فيه الا ابن ابي عقيل كما في التنقيح ومذهب الاصحاب الا العماني كما في المسالك وقد اقتصر جماعة على نسبة الخلاف الى العماني والظاهر ان اجماعي الخلاف والسرائر يتناولانه بل قيل انهما نصان في ذلك ولعله لان المسئلتين من سنخ واحد كما في الايضاح (وقد) صرح بالحكم المذكور في المقنع والمقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والكافي والمراسم والمهذب وفقه القرآن للراوندي والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكتب المصنف وكتب الشهيدين وسائر من تأخر الى الرياض وفيه وفي الكفاية انه اشهر وفي المختلف انه المشهور وكلاهما في غير محله (ومستند) الاصحاب قبل الاجماع ما تظافر من الاخبار (في) الصحيح على الصحيح في العبيدي وابراهيم لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يتقاسما (وفي) القوي المعتبر بالسكوني والنوفلي لاشفعة الا لشريك غير مقاسم (ومثله) خبر البصري (وفي) خبر ان الشفعة لا تكون الا لشريك (وفي) خبر آخر الشفعة لكل شريك لم تقاسمه وقد سمعت في مسئلة الشفعة في المنقولات حسنة الغنوي (وفي) الخبر اذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة وفي الخبر المروي في الكتب الثلاثة اذا ارفت الارف وحدت الحدود فلا شفعة والارفة بالضم جمعه ارف كغرفة وغرف الحد بين الارضين وارفت على الارض تأريفا جعلت لها حدا وقسمت كذا في القاموس فهذه الاخبار قد تعاضدت واعتضدت بالاصل والاجماعات وخلاف ابن ابي عقيل شاذ (قوله) =*﴿ الا مع الشركة في الطريق او النهر اذا ضمها البيع ﴾*= كما في المقنعة والنهاية والمبسوط والكافي والمراسم وفقه الراوندي والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وشرح الارشاد للفخر والدروس واللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض (وفي) الاخيرين انه لا خلاف فيه وهو كذلك الا ما لعله قد يظهر من المقنع والخلاف والمهذب والوسيلة من الاقتصار على الشركة في الطريق وفي الخلاف الاجماع عليه ولعلهم انما تركوا الشرب لعدم التعرض في الاخبار الا للطريق لكن الاجماع معلوم على الحاق الشرب والنهر والساقية به (بلاخلاف) ولعله لان المناط منقح اذلا فرق في ذلك بين الدار والبستان

و بين الطريق والنهر (والدليل) على الاستثناء المذكور حسنة منصور بن حازم بابراهيم قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق ان ياخذوا بالشفعة فقال ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة (وقريب) منه ما حكي عن الفقه المنسوب الى مولانا الرضا (ع) (وقد) استدل على ذلك في التذكرة بحسنة منصور بن حازم الاخرى بالكاهلي وقد وسمت بالصحة في التذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ولعله في محله كما عليه بعض متأخري المتأخرين قال قلت لابي عبد الله (ع) دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال نعم ولكن يسد بابه ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت (السطح خ ل) ويسد بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والا فهو طريقه يجيئ حتى يجلس على ذلك الباب (ونحوه) الموثق ولا تعرض فيها لبيع الدار مع الممر كما هو محل البحث بل ظاهرهما ثبوت الشفعة في الطريق فقط وهذه اخبار الباب (واطلاقها) يقتضي بعدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدار وما في معناها مقسومة بعد ان كانت مشتركة او منفردة من اصلها بل قال في المسالك ان الثانية صريحة في عدم الاشتراك وليس كذلك (وبعدم) الفرق صرح في التذكرة والمسالك والروضة والكفاية والرياض وهو ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتبصرة والمفاتيح (نعم) قد فرض الحكم في الارض المقسومة مع الاشتراك في الطريق في الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير في موضع منه والارشاد والمختلف والدروس واللمعة كالكتاب (والمحقق) الثاني استظهر من بعض هذه اعتبار حصول الشركة في الاصل وخلط معها بعض تلك وقال انه الذي يقتضيه صحيح النظر. واحتج له بان ضم غير المشفوع الى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقا والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الاصل ليس من متعلقات الشفعة اذ لو بيع وحده لا تثبت فيه شفعة بحال فاذا ضم الى المشترك وجب ان يكون كذلك وبعموم قوله (ع) لا شفعة الا لشريك غير مقاسم ولا شريك هنا لا في الحال ولا في الاصل وبرواية ابي العباس الشفعة لا تكون الا لشريك قال وفي معناها روايات البصري وهارون وعبدالله بن سنان والسكوني وقال كل هذه حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك اذا كان الطريق مشتركا (وانت خبير) بان رواياته بعد الغض عن سندها عامة وروايات منصور خاصة فيجمع بينها بالتخصيص فكانت هذه الصورة بذلك مستثناة من اشتراط الشركة بالنص والاجماع على ان مدلول روايته اعتبار الشركة بالفعل وهي منتفية مع القسمة ولو اريد منها ما يعم السابقة لزم ثبوتها في المقسوم وان لم يكن له شركة في الطريق (الا ان تقول) خرج هذا الفرد بالاجماع (لكنا نقول) ان هذا الشق يستحيل ارادته من الاخبار بعد حمل مطلقها على مقيدها وبناء استدلاله عليه (وليعلم) انه لو كانت الشركة في الجدار او السقف او غيرهما من الحقوق فلا شفعة عملا بالاصل ولو كانت الشركة في البئر بين البستانين فوجهان اوجههما العدم (هذا) وليس في الروايات تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمة وقد شرط ذلك في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والروضة وكذلك المسالك اذا بيعت منفردة وفي جامع المقاصد انه لا ريب فيه (قلت) لانه يشترط ذلك في كل مشفوع على المشهور (واما) اذا بيع منضما الى الشقص المقسوم. في عبارة الدروس ما يقتضي الاشتراط حيث قال. ولا مع القسمة الا مع الاشتراك في الطريق والنهر الذين يقبلان القسمة على الخلاف (وفيه) مع مخالفته للاطلاق ان قبول القسمة شرط للمجموع لا لابعاضه وان هذه القسمة كلا قسمة وفي الكفاية والرياض ان الاقوى عدم اعتباره مطلقا وهو خلاف المشهور وصريح بعض النصوص كما ياتي (هذا) وقد قال في التذكرة الاقرب عندي ان الطريق ان كان

واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والاماكن الضيقة وما اشبهها مما لايقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منها فلا شفعة فيها على رأي (متن)

مما يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة فللشريك الآخر اخذ الطريق خاصة ان شاء وان شاء اخذ الجميع وان لم يمكن قسمته لم يكن له اخذه خاصة بل اما ان يأخذ الجميع او يترك (وقال) في جامع المقاصد يرد عليه ان المجموع اما ان يكون متعلق الشفعة او لا فان كان الاول وجب ان يأخذ المجموع او يترك وليس له تبعض الصفقة وان كان الثاني لم يثبت له شفعة في غير الطريق ولا فيه الا اذا كان واسعا قابلا للقسمة فما ذكره غير واضح انتهى (قلت) هذا منه بناء على المشهور المعروف بينهم من انه ليس للشفيع اخذ البعض وترك البعض بل اما ان ياخذ الجميع او يترك ولنا فيه تامل لان هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتابا ولا دليل عليه يصح الاستناد اليه كما يأتي ثم انه لعل القائل به لا يقول به في مثل هذه الصورة التي جاءت شفعة الدار فيها تبعا (نعم) اذا لم يكن لمشتري الدار طريق آخر ولا امكن قسمته ولا اتخاذه الا بعسر ومشقة منعناه من ذلك لانها شرعت لدفع الضرر كما نبه عليه في خبر عقبة والضرر لا يزال بالضرر والا فلا لعدم الضرر ولعله اراد ذلك بقوله وان لم يمكن قسمته الخ فتدبر (ويبقى) الكلام فيما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين ومجازها مشترك بين ثلاثة في ثبوت الشفعة وعدمها وجهان من دخول المجاز في مفهوم الدار في البيع من غير خلاف وقد بنوا على ذلك في الباب احكاما كثيرة وانها على خلاف الاصل فلا تثبت الشفعة ومن حصول الضرر بالقسمة الذي هو الاصل في ثبوت الشفعة وهو محل وفاق بين الخاصة والعامة الا من المرتضى وبه صرح خبر عقبة وقولهم (ع) لا شفعة الا لشريك غير مقاسم فتثبت ولم اجد لاصحابنا تصريحا بذلك والمسئلة محل توقف لكنا ان لم نقل بها ذهبت الشفعة آخر الدهر في الدور التي في الطريق المرفوع مع انه هو الغالب ولهم ان يلتزموه ولا حجر في ذلك (قوله) ==* واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والاماكن الضيقة وما اشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منها فلا شفعة فيها على رأي *== اشتراط قبوله القسمة خيرة النهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والمهذب والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وغاية المراد والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروضة (وهو) الظاهر من كشف الرموز وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع ونفى عنه البعد في مجمع البرهان وهو المحكي عن علي بن بابويه وعبارة ولده في المقنع كالمحكي من عبارته وقد سمعتها فيما سلف فيكون مذهبا له ايضا وقد نسبه اليه في المهذب البارع (وعليه) المتأخرون كما في الدروس وعليه الفتوى كما في التنقيح ومذهب اكثر علمائنا كما في التذكرة والمشهور كما في مجمع البرهان وخصوصا بين المتأخرين كما في المسالك واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد (ومع) ذلك قال في الحدائق ان هذا الشرط ذكره جملة من المتأخرين كالعلامة في الارشاد وانكر عليه في التذكرة نسبته الى اكثر علمائنا وقال ان شهرة المتأخرين انما وقعت بعد العلامة (قلت) ما ندري عن ايها نغضي فان كان تتبع فهو الكذب المحض وان لم يكن تتبع ففرية اخرى قول بلا علم (والمخالف) السيدان المرتضى وابو المكارم وابن ادريس وابو علي والقاضي فيما حكي عنهما ولعله للقاضي في الكامل فكان له قولان ولا سادس لهم فيما اجد الا ما حكاه في الايضاح عن المفيد ولعله فهمه من قوله كل مبتاع اومن قوله بثبوتها في العروض ومع ذلك نسبه في المفاتيح الى السيد والحلي واكثر المتقدمين واختاره وكأنه قال به او مال اليه في المسالك وقد عرفت حال اجماع الانتصار الذي تقدم في المنقولات وما في الدروس من ان القولين مشهوران لا يريد به المعنى المعروف بل الظاهر ان مراده انهما معروفان ولا ترجيح فيه ولا في الكفاية (دليل المشهور) الاصل خرج المنقسم بالاجماع وبعض الاخبار وبقي غيره تحته مع عدم دليل صريح

صحيح على العموم (وقال) في الرياض ان الاصل مقطوع بعموم الاجماع المنقول والخبر المنجبر بالعمل واراد اجماع الانتصار ومرسلة يونس وقد عرفت الحال فيهما وقد تقدم انه ارسل في الكافي ان الشفعة لا تكون الا في الارضين والدور فقط فهو ظاهر في نفيها عن الحمام والطاحونة وغيرها لمكان الحصر ومقابلة الارضين بالدور فيراد بها الاراضي البيضاء والتي ليس فيها بناء كالبساتين والضعف منجبر بشهرة التذكرة ومجمع البرهان واطباق المتأخرين عليه كما سمعته عن الدروس بل هو منهم محتمل معلوم مضافا الى ما في التنقيح من ظهور دعوى الاجماع عليه مضافا لما بينهم من الاخبار الاخر مما وصف فيها الشريك بانه غير مقاسم (وقد) روى في الكافي بسنده عن السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق وزاد في الفقيه ولا رحى ولا حمام وليس المراد بها الواسعات القابلات للقسمة اجماعا فلم يبق الا ان يراد الضيقات فيكون الباقي كذلك اذ لا قائل بالفصل والضعف منجبر بما عرفت (وقد) احتمل في الرياض حملها على التقية تبعا للمفاتيح مع ان القائل هنا بمقالة المرتضى ابو حنيفة واصحابه وابن شريح والثوري ومالك في احدى الروايتين عنه وبعض هؤلاء هم الذين يتقي منهم الصادق (ع) ثم انه بناء على ذلك لا وجه لاقتصار فيهما على الامور المذكورة وقال ايضا تبعا للمفاتيح ان لا دلالة فيها اصلا وقد عرفت وجه الدلالة فيها (واستدل) في الخلاف وغيره بما رواه العامة عن جابر ان رسول الله (ص) قال انما جعلت الشفعة فيما لم يقسم (ووجه) الدلالة انها انما تفيد الحصر والشفعة معرفة بلام الجنس وان لم لاتدخل الا على ما يمكن قسمته ويصح اتصافه بالقسمة ولو وقتا لانها تفيد نفي الماضي ولهذا يصح ان يقال السيف لا يقسم ولا يقال لم يقسم فالنفي بمعنى عدم الملكة لا بمعنى السلب وفي اخبارنا مايشير الى ذلك كقول احدهما (ع) في مرسل جميل الشفعة لكل شريك لم تقاسمه وقولهم (ع) في عدة اخبار الشفعة لا تكون الا لشريك لم تقاسمه فكانت الحجة عليه واضحة كما عرفت بل في اجماع المتأخرين وحده بلاغ (وقال) في الرياض ان الحجة على هذا القول غير واضحة عدا ما في التنقيح من وجوه ضعيفة (منها) ان غرض الشارع بالشفعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو ارادها المشتري وهذا الضرر منتف فيما لا يقسم فلا شفعة فيه وقال انه في غاية من الضعف (اما اولا) فلعدم ورود النص بهذه العلة نعم ربما يستفاد من بعض الروايات السابقة كون العلة في ثبوت الشفعة نفي الضرر والاضرار في الشريعة لكن متعلق الضرر فيه غير معلوم و يحتمل ما ذكروه وغيره من نفس الشركة الجديدة او سوء الشريك ولعل هذا اظهر ولذا استدل بعض الاصحاب وفاقا للمرتضى على ثبوت الشفعة في المسئلة بالضرر فقال ان المقتضي لثبوت الشفعة وهو ازالة الضرر عن الشريك قائم في غير المقسوم بل هو اقوى لان المقسوم يمكن التخلص فيه من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره (قال) واجيب بانه ليس المراد من ازالة الضرر بالشفعة ما ذكروه بل ازالة ضرر طلب القسمة ومؤنتها وهو منتف في محل النزاع ولا يخفى عليك ضعف هذا الجواب واي مؤنة وضرر بذلك تقابل ضرر الشريك الذي لا وسيلة الى التخلص منه وهو في غاية الجودة (واما ثانيا) فلضعف التعليل من وجه آخر وهو ان الشفعة انما تثبت بانتقال الملك عن الشريك الى المشتري فلا بد ان يكون الضرر الذي تناط به الشفعة في ظاهر النص وكلام الاصحاب ناشئا من جهته وضرر طلب المشتري القسمة ليس ضررا ناشئا منه لسبقه على الانتقال وثبوته للشريك على كل حال فضرر طلب القسمة لازم على كل تقدير بل هو من لوازم الشركة فيما يقبل القسمة فلا يمكن ان يكون مثله الضرر الذي تناط به الشفعة وهذا من اقوى الشواهد على تعيين ما استظهرناه من متعلق الضرر في الرواية انتهى (قلت) قد عرفت انا في غنية عن هذا الدليل مع انه ايضا دليل اذ نظر من استدل به كالمصنف في التذكرة والشهيد في غاية المراد وابي العباس والمقداد والمحقق الثاني انما هو الى خبر عقبة بن خالد عن ابي عبد الله (ع) قال قضى رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن وقال لاضرر ولاضرار وقد رواه المحمدون الثلاثة وزاد الفقيه اذا ارفت الارف وحدت الحدود فلا

فلو انتفى الضرر بقسمة الحمام ثبتت الشفعة (متن)

شفعة وهذه علة مومى اليها وظاهر ما قبلها وصريح ما بعدها ان متعلق الضرر انما هو القسمة (وديانه) انه قد اتفق الخاصة والعامة على الظاهر ان علة ثبوت الشفعة الضرر ولم نجد الخلاف الا من السيد في الانتصار فانه جزم ببطلان هذه العلة وقد يلوح من ابن زهرة وابن ادريس موافقته على ذلك لكن العامة اختلفوا في متعلقه حيث لم يكن عندهم في ذلك خبر اهو الشركة او القسمة واصحها عندهم انه الثاني كما ذكره في التذكرة ولم يقل احد بان متعلقة سوء الشريك ولعله لانه يقضي بانها حكمة لا علة لعدم اطرادها حينئذ بل يكفي اتفاق المسلمين على عدمه فما استظهره شيخنا في الرياض من انه احد الامرين اعني الشركة الجديدة وسوء الشريك قد خالف فيه في الثاني جميع المسلمين وفي الاول اصحابنا قاطبة لانهم بين ناف للعلة او مثبت لها وانها خوف القسمة فالقول بالعلة وانها الشركة الجديدة لا قائل به (وكيف كان) فكل من الشركة والقسمة حاصل قبل البيع واخبارنا صرحت بالثاني لان من رغب من الشريكين في البيع كان حق عليه ان يعرض البيع على شريكه ليأمن من ضرر القسمه من بذل مونتها والحاجة الى افراز الحصة الصائرة اليه خصوصا فيما اذا كان المقسوم ذا مرافق ليس عراصا خالية ووقعت المرافق في حصة المشتري فاذ حينئذ يحتاج الشريك اليها جميعها فلما لم يعلمهُ ولم يعرض عليه البيع جعل له الشارع سلطانا على اخذه فكان هذا الضرر هو الاصل في الباب وقد كانا قبل ذلك متواطئين على عدم القسمة ولو وقتا ما فقد جائت الشركة لهما من تقصير البائع مقرونة بخوف طلب القسمة ولا كذلك ما لا يقسم بل يمكن حينئذ ان يقال ان هذا الضرر نشأ من نفس الانتقال (سلمنا) لكن في الخبر الظاهر او الصريح في ذلك كما فهمه منه الشهيد والجماعة بل كل من قال باشتراط قبول القسمة اكمل بلاغ وقد عرفت ان العامة العمي اهتدوا الى ذلك حتى جعلوه الصحيح عندهم ومع ذلك كله جاء صاحب المسالك ومن وافقهُ يناقشون في ذلك (واما) علم الهدى وابو المكارم وابن ادريس فلهم ان يعرضوا عن ذلك بناء على اصلهم لان كان خبرا واحدا مضافا الى انه غير صحيح بل قد عرفت ان السيد ينكر العلة من اصلها وينكر ايضا منصوص العلة في اصولهِ (وفي) الروضة ان في حكم الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة وهو كالمتدافع وقد اخذه من التذكرة قال ولو كان لاثنين دار ضيقة لاحدها عشرها فان قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فايهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة وان حكمنا بنفيها فان باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لانه آمن من ان يطلب مشتريه القسمة لانتفاء فائدته فيها ولو طلب لم يجب فقد فرض المسئلة في الضيق مع قلة النصيب ولا كذلك ما في الروضة فليتأمل (وقول) المصنف لحصول الضرر بها دليل على انها لا تقسم ليتحقق كونها من محل النزاع وهو تمهيد لقوله وهو ابطال المنفعة المقصودة منه اي وان بقيت فيه منافع اخر وهذا (احد) التفاسير الثلاثة لحصول الضرر بالقسمة وقد حكيناه في باب القضاء عن يحيى بن سعيد والمحقق الثاني وشفعة التذكرة وهو خيرة التحرير هذا (والثاني) ان تنقص القسمة قيمة المقسوم نقصا فاحشا وقد حكيناه في باب القضاء ايضا عن شفعة التذكرة وعن الدروس ومجمع البرهان وعليه ينزل ما في الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح من انه ما ينقص القيمة او يخص هذا بالضرر المانع من الاجبار وذلك بالمانع من القسمة (والثالث) انه المبطل لمنفعة المال اصلا وهو خيرة الخلاف والشرائع في المنع من الاجبار والمبسوط والسرائر في المنع من القسمة وهذه الاقوال في بيان تحقيقه واحتمل احالته الى العرف في مجمع البرهان (قوله) فلو انتفى الضرر بقسمة الحمام ثبتت الشفعة كما هو ظاهر وعليه نص في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وذلك كما اذا كان الحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين او متسع البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين وكذا لو كانت البئر واسعة يمكن ان يبنى فيها فتجعل بئرين لكل واحدة بياض كما نص عليه

وكذا لو كان مع البئر بياض ارض بحيث تسلم البئر لاحدهما اوكان في الرحى اربعة احجار دائرة يمكن ان ينفرد كل منها بحجرين اوكان الطريق واسعا لاتبطل منفعته بالقسمة ولو ضم المقسوم اومالاشفعة فيه الى مافيه الشفعة ثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن وانما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع فلو وهب الشقص بعوض او جعله صداقا وعوضا عن صلح اوغير ذلك لم تثبت الشفعة متن

في المبسوط وغيره (قوله) —*﴿ وكذا لوكان مع البئر بياض ارض بحيث تسلم البئر لاحدهما﴾*— كما في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس كما ستسمع كلامه وهذا يتجه على تفسير المبسوط والشرائع الضرر بخروج المقسوم عن حد الانتفاع وانه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما ان يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة كما اذا كانت الارض في المثال معدة للزراعة وماؤها من ذلك البئر فانها حينئذ لا ينتفع بها من الوجه الذي كان ينتفع قبل القسمة لكنها ينتفع بها بغير الزراعة من وجه آخر ولا يتم على تفسير الكتاب والتحرير الا بتقدير عدم احتياج الارض المجعولة قسيمة للبئر اليه في الزراعة بان تكون تسقى بالمطر بناء آخر غيره الا ان تقول ان حكمهم في المثال متنزل على هذا التقدير وقد بنى هذا المثال في التذكرة على تفسير الشرائع قال انه مبني على انه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما ان يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة (وقال) في الدروس لو اشتملت الارض على بئر لا يمكن قسمتها وامكن ان تسلم البئر لاحدهما مع قسمة الارض ثبتت الشفعة قيل وكذا لو امكن جعل اكثر بيت الرحى موازنا لما فيه الرحى ويلزم منه انه لو اشتملت الارض على حمام او بيت ضيقين وامكن سلامة الحمام او البيت لاحدهما ان تثبت وعندي فيه نظر للشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه انتهى وقد فهم منه في جامع المقاصد انه اشار بالقيل الى مافي التذكرة فقال لاوجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور (قلت) لعله اشار الى مافي التحرير نعم يرد عليه سؤال الفرق بين مسئلة البئر وغيرها حيث جزم بها وتردد في غيرها الا ان تقول بتنزيل مسئلة البئر على ذلك التقدير وفيه مع انه خلاف الظاهر ان بناء الضرر عنده على النقصان الفاحش ثم ان تعديل الارض مع البئر ان كان ممكنا موجبا للقسمة فكذلك الحال مع الرحى والحمام وغيرهما (قوله) =*﴿ او كان في الرحى اربعة احجار دائرة يمكن ان ينفرد كل منها بحجرين ﴾*= كما نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ووجهه ظاهر (قوله) =*﴿ او كان الطريق واسعا لا تبطل منفعته بالقسمة ﴾*= كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية (قوله) =*﴿ ولو ضم المقسوم او مالا شفعة فيه الى مافيه الشفعة ثبت في الثاني ﴾*= اجماعا كما في جامع المقاصد والمفاتيح وقد نسبه في التذكرة الى علمائنا مؤذنا بدعوى الاجماع عليه وقد يظهر من المسالك حيث اقتصر في نسبة الخلاف على بعض العامة لوجود المقتضي في احدهما دون الآخر وان كان البيع واحدا لصدقه على كل واحد بانفراده ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقر الضيعة وعدمه ولم يخالف في ذلك سوى مالك الا اذا كان غير المشفوع طريقا او شربا كما تقدم ولا يثبت للمشتري في المسئلة الخيار لتبعض الصفقة لانه هو الذي ادخله على نفسه الا اذا كان جاهلا (قوله) =*﴿ بنسبة قيمته من الثمن ﴾*= اي تثبت الشفعة من الثمن بنسبة قيمة المشفوع الى مجموع القيمتين بان تنسب قيمة المشفوع منفردا الى قيمة المجموع فاذا قيل قيمة المجموع مائة وقيمة المشفوع ثمانون اخذه الشفيع باربعة اخماس الثمن (قوله) =*﴿ وانما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع فلو وهب الشقص بعوض او جعله صداقا او عوضا عن صلح او غير ذلك لم تثبت الشفعة ﴾*— اجماعا كما في السرائر والتذكرة وجامع المقاصد

ولو كان الشريك موقوفا عليه ثبتت الشفعة في الطلق ان كان واحدا على رأي (متن)

ومجمع البرهان وهو مجمع عليه اليوم كما في التنقيح وهو المشهور بل كاد يكون اجماعا كما في المسالك وقول ابن الجنيد شاذ كما في الدروس وفي المختلف والكفاية انه المشهور وقال في المبسوط اذا تزوج واصدقها شقصا فانه لايستحق الشفيع عليها الشفعة لاجماع الفرقة واخبارهم (ويدل) عليه ايضا الاصل بمعانيه الثلاثة فالمثبت هو المحتاج للدليل ولا تعارضه العمومات لانك اذا حملت مطلقها على مقيدها وافقته(قال)الصادق(ع)في حسنة الغنوي الشفعة في البيوع فانه يدل بمفهومه لمكان تعريف الشفعة باللام على نفيه في غيرها كما قالوه في قولهم(ع) الخيار في الحيوان للمشتري وفرق بينه وبين قولنا الشريك له الشفعة فانه انما يدل بمفهوم الوصف كما اذا قلنا المشتري له الخيار(ونفاها)الباقر (ع) في صحيحة ابي بصير عن المقول بالصداق (ع) لا شفعة لاحد من الشركاء عليها ومناقشة المقداد فيه باحتمال كون نفي الشفعة لكثرة الشركاء لا الاصداق ليست في محلها لان اكثر اخبار الباب وردت بلفظ الجمع كما سمعت فيما سلف وسيأتي ان شاء الله تعالى(وقال)الصادق (ع) في مرسلة يونس الشفعة جائزة في كل شيء اذا كان الشيء بين شريكين فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره فهو اما مفهوم شرط او قيد رتب الحكم عليه فما في المسالك وكذا المفاتيح من انه ليس عليه دليل صريح غير صحيح وقد مال الى قول ابي علي ان خصها بالمعاوضات المحضة في الاول وقواه في الثاني لان اخذ الموهوب مثلا بغير عوض بعيد وبه خارج عن مقتضى الاخذ وكذلك غير الهبة وقد نسبا اليه ثبوتها في الجميع وفيه (اولا) ان نقلهما عنه غير صحيح لان المحكي من عبارته في المختلف انما هو ثبوتها في الهبة بعوض وغيره وهو الذي حكاه عنه الشهيد في الدروس والمحقق الثاني وغيرهما (وثانيا) ان ذلك مبني على العلة المومى اليها في خبر عقبة لكنها لا جابر لها في خصوص المسئلة اذ قد عرفت ان الخبر غير صحيح (سلمنا) وما كان ليكون لكنها لاتقوى على معارضة ما قدمنا (قوله) ﴿ ولو كان الشريك موقوفا عليه ثبتت الشفعة في الطلق ان كان واحدا على رأي ﴾ عليه المتأخرون كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وعليه الفتوى كما في التنقيح وهو خيرة السرائر والتحرير والتبصرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد وهو المستفاد من كلام التذكرة من تعريفهم الشفيع كما يأتي بانه كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن وفي المقتصر والمسالك والمفاتيح انه حسن ولا يخفى عليك ما في الدروس من نسبته الى ابن ادريس والمتأخرين لان المتقدم عليه من اصحاب الفتاوى غير ابن ادريس انما هو المصنف وولده فيما نجد(وقال) في المبسوط اذا كان نصف الدار وقفا ونصفها طلقا فبيع الطلق لم يستحق اهل الوقف الشفعة بلا خلاف وظاهره نفيه بين المسلمين وهو خيرة الشرائع والنافع والدروس والرياض قالوا لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحدا فقد نصوا على العدم مع الوحدة واثبتها في الانتصار للموقوف عليه مطلقا قال لامام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين او على المساجد ومصالح المسلمين وكذلك كل ناظر بحق من وصي وولي وادعى على ذلك كله الاجماع وقال ايضا انه من متفرداتنا وان باقي الفقهاء مخالفون لنا وحكى عن التقي الموافقة له ولم نجده له في الكافي وقال في السرائر الاكثرون على خلافه ولاترجيح في الكفاية (حجة المتأخرين) انه شريك مالك مقاسم لان الموقوف عليه ينحصر مالك على المشهور بل ماوجدنا فيه مخالفا فقد وجد المقتضي واندرج تحت قولهم (ع) في عدة اخبار الشفعة لاتكون الا لشريك لم يقاسم ونحوه مما هو بمعناه فاندفع جميع مافي الرياض ولا مانع الا كونه محجورا عليه من التصرف وذلك لا ينافي كونه مالكا مقاسما ومن ثم ثبتت لغيره ممن هو محجور عليه في التصرف فلا يضر نقص الملك لمكان الحجر بالتصرف كما في الدروس والبحث على تقدير الانحصار وان انتشر بعد ذلك كلانتشار المملوك بالبيع والموت ونحو ذلك (والمراد) انحصاره بالاصل

والاقرب عدم اشتراط اللزوم فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك او اختص باحدهما ولا يسقط خيار البائع حينئذ (متن)

فلا يكفي اتحاده بالعارض كما لو وقف على فقهاء البلد او بني فلان فاتفق انحصارهم ذلك الوقت في واحد فانه لاشفعة لان الاصح عدم انتقال الملك الى الموقوف عليه غير المنحصر ابتداء وبذلك يعلم حال مافي الشرائع من انه ليس مالكا للرقبة على الخصوص واجماع الانتصار موهون بحكاية الشيخ عدم الخلاف على خلافه واطلاق الشيخ موهون باطباق المتأخرين على خلافه واطلاق الاخبار المتناول لما عليه المتأخرون وليس نادرا لاطباقهم على الظاهر على كون المنحصر مالكا ولم يبق الا شيء واحد وهو ان يقال ان الملك لاينحرز عن الوقف ونحن لانقول به هذا واما في صورة العكس كما اذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح فانها تثبت لصاحب الطلق قطعا كما في الدروس وبلا اشكال كما في المسالك وقد نص عليه في التحرير وجامع المقاصد ايضا لوجود المقتضي وانتفاء المانع (قوله ﴿ والاقرب عدم اشتراط اللزوم فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك او اختص باحدهما ولا يسقط خيار البائع حينئذ ﴾ اما عدم اشتراط اللزوم وانه لافرق بين ان يشترك الخيار او يختص فهو خيرة السرائر والشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف والكتاب فيما يأتي ايضا والايضاح واللمعة وجامع المقاصد في موضعين منه والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح لكنه في الارشاد جعل الاخذ بعد انقضاء زمن الخيار لعدم الفائدة قبله اذ ليس له انتزاع العين قبله لعدم استقرار ملكه والظاهر انه لايريد اللزوم لانه لامانع منه قبله فيكون غرضه الارشاد وبيان عدم الفائدة وهو الذي فهمه منه المقدس الاردبيلي على الظاهر وبه صرح في الفصل الثالث في جامع المقاصد وقد جعله الشهيد الثاني قولا على حدة ولعله لم يصادف محله نعم يرد عليه ان الفائدة تظهر في النماء وغيره (واختير) في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية ان لاشفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع او لهما لان الملك لم يزل عن البائع قالوا اما ما لا خيار فيه او فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة لان الملك قد انتقل للمشتري وزال عن البائع وهو المحكي عن ابي علي وقال في التحرير اولا في قول الشيخ قوة من حيث ان في الاخذ اسقاط حق البائع ثم قال بعد ذلك انا في ذلك من المتوقفين ولا ترجيح ايضا في الدروس (حجة) السرائر وماوافقها ان المقتضي وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود لمكان عموم النص من دون تبادر اللازم والخيار غير صالح للمانعية لان التزلزل لم يثبت كونه موثرا (وقد يقال) ان المانع سقوط حق البائع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقا على حق الشفيع فان ظاهر السرائر التي هي الاصل في الخلاف سقوط خيار البائع كما فهمه منها الشهيد والمحقق الثاني فيكون ايضا ظاهر الشرائع وقد سمعت مافي التحرير بل قال في الدروس لااعلم قائلا بان اخذ الشفيع يقع مراعى بمعنى ان فسخ البائع بطل البيع والشفعة وان لم يفسخ حتى خرجت المدة ثبت البيع والشفعة معا (قلت) مراده قبل المصنف وولده لانه قد نسب قبل ذلك الى المصنف (وكيف كان) فهو خيرة الكتاب والتذكرة وجميع ماذكر بعدها آنفا (وليعلم) ان كلام الشيخ متجه على اصله من عدم الانتقال والشفعة انما تكون بعد الانتقال ومنه يفهم الحال في كلامهم بالنسبة اليه (واما) اذا كان الخيار للمشتري فقد نص في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية ان الشفعة تجب للشفيع وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار صرح بهذا الاخير الشيخ وهو المحكي عن ابي علي وفي المسالك انه لاخلاف فيه وفي الكفاية الاجماع عليه وفي التذكرة انه مذهبنا لان انتقال الملك عن البائع يحصل بنفس العقد ولا يتوقف على انقضاء الخيار والشفعة مترتبة على صحة البيع وانتقال الملك الى المشتري ليأخذ منه ويكون الدرك عليه لكن قد حكينا في باب الخيار عن خيار الخلاف انه اذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضي الخيار فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول وقد تأولناه له هناك (سلمنا) لكنه لم يوافقه عليه احد (وهل) يسقط

وكذا لو باع الشريك ثبتت للمشتري الاول الشفعة وان كان لبائعه خيار الفسخ فان فسخ بعد الاخذ فالمشفوع للمشتري فان فسخ قبله فلا حق للبائع وللمشتري (وفي المشتري خ ل) اشكال (متن)

حينئذ خيار المشتري ام لا قال في التذكرة يثبت له خيار الفسخ وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة وقال في المسالك ظاهرهم سقوط الخيار وفي المفاتيح انه ظاهر الاكثر وفي الحكايتين تأمل ظاهر ان كانا فهما ذلك من كلامهم مع ان الاول حكاه في الروضة عن الشهيد احتمالا وستسمعه قريبا وان كانا فهما ذلك من انه اذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار ففيه ان البائع والاجنبي يثبت لهما ذلك مع عدم الملك ووجهه اي سقوط خياره انه لا فائدة في نسخه لان غرضه على تقديره حصول الثمن وقد حصل من الشفيع (وقال) في الدروس ويلزم على قول الفاضل وعنى به كون اخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعى ان تكون المطالبة يعني الاخذ على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة ايضا (قلت) قد سمعت ما في التذكرة من التصريح بذلك قال في الدروس ويمكن القول بان الاخذ يبطل خيار المشتري كما لو اراد الرد بالعيب فاخذه الشفيع ولان الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع الا ان يجاب بان المشتري يريد دفع الدرك عنه انتهى ومعناه ولا كذلك الرد بالعيب فانه انما يثبت له لاجل الظلامة وذلك يزول باخذ الشفيع (قلت) وهذا فيه الدرك ايضا فينبغي له ابداء الفرق ولا فارق فليكن ما نحن فيه كذلك لكنهم سيأتي لهم مكررا ان الامر في الدرك سهل ولا بد في تحرير هذا من الرجوع الى ما كتبناه في شرح قوله فيما يأتي فان تقايل المتبايعان اورد بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد فانا استوفينا فيه الكلام وحررناه بما لا يوجد في كتاب وهذا الجواب منه هو الوجه في الملازمة التي الزم بها الفاضل ومعناه ان المشتري يتعلق غرضه بالخيار بغير الثمن كما اذا اراد ان يدفع دركه عنه (قلت) يمكن على هذا ان يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرك عنه هذا وكان الاولى بالمصنف ان يقول ولا يسقط خيار ذوي الخيار ليشمل ما اذا كان الخيار لاجنبي بل ما اذا كان المشتري منفردا او منضما ولعله اراد التنصيص على رد ما ظهر من ابن ادريس ويأتي لهم في مسقطات الشفعة كلام فيما اذا كان الخيار للشفيع واختار الامضاء (قوله) =* وكذا لو باع تثبت للمشتري الاول الشفعة وان كان لبائعه خيار الفسخ *= كما في التحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لو باع الشريك الآخر الذي لم يبع حصته وهو الشفيع حيث لم يأخذ في صورة ما اذا اشتمل البيع الاول على خيار فللمشتري الاول وهو الذي اشتمل بيعه على خيار الاخذ بالشفعة لانه شريك حقيقة وان كان بيعه مشتملا على خيار اذ لا منافاة بين ثبوت الخيار وكونه مالكا المقتضي لكونه شريكا والعبارة تعطي بان استحقاقه الشفعة ثابت له مع الخيار مطلقا اي سواء كان للبائع او له اي المشتري الاول اولهما وان الفرد الاخفى هو ما اذا كان الخيار للبائع كما هو قضية العطف بان الوصلية مع ان ثبوت الشفعة اذا كان الخيار له اي المشتري الاول اخفى خصوصا اذا جاء الفسخ من قبله فاما ان لا يكون العطف صحيحا او يكون المراد عدم ثبوت الشفعة اذا كان الخيار للمشتري والظاهر انه لا فرق بين ان يكون الخيار له اولا كما بين ذلك كله في جامع المقاصد لكن عبارته لا تخلو عن حزازة وايهام (وقد يقال) ان غرضه بان الوصلية التعريض بالقائلين بان لا شفعة في البيع الذي فيه خيار البائع فيكون المراد انا نثبتها للمشتري في هذا الفرع الخفي وان كان فيه خيار لبائعه فما ظنك بما اذا باع احدهما بخيار واخذ الآخر الاصيل الذي هو محل النزاع المتقدم بل الظاهر انه لم يرد غيره وقد رتب الحكم المذكور في التحرير والتذكرة والدروس على كون الخيار للبائع وان عدم الاخيران الترجيح وهذا يشهد على ما فهمناه على انا قد نقول ان ما ذكره المصنف هو الاخفى كما لا يخفى (قوله) =* فان فسخ بعد الاخذ فالمشفوع للمشتري *= اي اذا فسخ بائع هذا المشتري بعد اخذه حصة الشريك الآخر الذي باع حصته اخيرا فالمشفوع له اي المشتري لانه في وقت الاخذ كان شريكا فاستحق الشفعة فلما اخذ عن استحقاق وصار

﴿ الفصل الثاني في الاخذ والمأخوذ منهُ ﴾ اما الآخذ فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي (متن)

ما لكها حقيقة لايضره طرو الفسخ المزيل للملك كما لو زال بسبب آخر وعلى قول الشيخ بعدم انتقال المبيع الا بعد انقضاء خيار البائع يجب ان يكون الاخذ له لبقاء الشركة ولو فسخ فاولى (قوله) ﴿ وان فسخ قبله فلا حق للبائع وللمشتري اشكال ﴾ اي ان فسخ البائع المذكور قبل اخذ المشتري منه حصة الشريك الآخر فلا حق له اي البائع الفاسخ في الشفعة لانه وقت البيع الثاني لم يكن شريكا وشرط استحقاقها ثبوت الشركة وقت البيع واما المشترى منه فني استحقاقه الشفعة بعد فسخ بائعه بيعه اشكال ينشأ من سبق ثبوته والاصل بقائه ومن زوال سبب الاستحقاق قبل الاخذ فيزول الاستحقاق وبعبارة اخرى من زوال العلة المرجبة لذلك وقد اشتمل زوالها على نفي حكمة السبب وهي ضرر الشركة فكان مانعا والاصح انه لاحق له كما في جامع المقاصد وكانه مال اليه في الايضاح فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكا وقت البيع ووقت الاخذ فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفعته ان كان عالما وفي بقاء شفعته لو باع قبل علمه ببيعه وجهان يأتيان ببركات خير خلقه محمد وآله الطاهرين صلوات الله عليهم اجمعين

﴿ الفصل الثاني في الآخذ والمأخوذ منه ﴾

(قوله) ﴿ اما الاخذ فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن ﴾ قد عرفه بذلك في الشرائع بترك المتحد وهو تعريف له باعتبار قيوده المتفق عليها وتعريف المصنف مبني على مختاره وكلاهما يشملان الموقوف عليه خاصا ويراد بالقادر القادر بالقوة والفعل ويشمل الثمن المثلي والقيمي كما يأتي التنبيه على ذلك كله (قوله) ﴿ فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي ﴾ هو خيرة الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام لان الظاهر عندنا انه لعلي بن بابويه ورسالته اي علي بن بابويه فيما حكى عنها والمقنع والمقنعة والانتصار والتهذيب والاستبصار والنهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة وفقه القرآن للراوندي والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح (وهو) المحكي عن الطبرسي والكيدري ووالد المصنف (وقد) حكي عليه الاجماع في الانتصار والغنية والسرائر والتنقيح وظاهر الخلاف حيث قال عندنا وانه انفراد لنا ونحوه قوله في المبسوط لم يوافقنا عليه احد وفي الانتصار ايضا انه من متفرداتنا وفي التنقيح ايضا ان عليه الفتوى (وفي) الدروس وجامع المقاصد انه المشهور وكاد يكون اجماعا (وفي) المقتصر والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انه المشهور وفي المبسوط وكشف الرموز والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان ايضا انه مذهب اكثر علمائنا وفي الاول في مقام آخر انه مذهب اكثر علمائنا المحصلين وفي المهذب انه الظاهر من مذهبنا وفي جامع المقاصد ايضا انه المذهب وفي النافع روايته اشهر وفي الروضة انه اشهر القولين (وفي) التذكرة ان الجمهور كافة على الثبوت مع التعدد ولا ترجيح في الايضاح والمسالك وكذلك الكفاية في غير العبد وفيه وافق الاصحاب (والمخالف) ابو علي فيما حكي والصدوق في الفقيه وقد اختلف النقل عن ابي علي فني الانتصار انه يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على اثنين وانما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصة وهذا هو خيرة الفقيه كما فهمه منه المصنف في المختلف وولده وكاشف الرموز والشهيد في الدروس وغيرهم وقد نسب اليهما معا ثبوتها مع الكثرة من دون تفصيل ابو العباس في المقتصر والمهذب والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرهما وحكى المصنف في المختلف وولده عن ابي علي ثبوتها مع الكثرة وحكيا عن الصدوق في الفقيه التفصيل المذكور وحكى في الشرائع والتحرير في المسئلة ثلاثة اقوال (الاول) انها تثبت مطلقا على عدد الرؤس (الثاني) انها تثبت في الارض مع الكثرة ولا تثبت في العبد الا للواحد (الثالث) المشهور فالقول الاول ان لم يكن لابي علي كان مما لاقائل به فيما نجد

والقول الثاني لم نجد القائل به قبل صاحب الكفاية لان الصدوق يشترط الاتحاد في مطلق الحيوان ولا يخصه بالعبد (وليعلم) ان الصدوق قصد بذلك الجمع بين الاخبار وهو وهم صرف لانه قال بعد ايراده مضمون رواية يونس يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده مع ان الامام عليه السلام قال فيها الشفعة واجبة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع بشرط ان يكون ذلك الشيء بين شريكين لا غيرهما اثنين لا ازيد فلا مجال التخصيص هنا بالحيوان على ان المتبادر منه في هذه الاخبار مطلق الحيوان او الصامت كما افصحت به صحيحة الحلبي فكان الاولى ان لايعد قولا لانه نشأ عن وهم محض (الا ان تقول) ان الذي دعاه الى ذلك استقامة السيرة واستمرار الطريقة على ذلك (قلت) لو كان كذلك لما خالف ذلك هو وابوه في المقنع والرسالة ومعاصروه على انا قد بينا فيما سلف ان السيرة مستقيمة والطريقة مستمرة على عدم الشفعة في الحيوان اصلا (ومن العجيب) قوله في المختلف ان قول ابي علي لايخلو من قوة وتخطئته وولده لابن ادريس في دعوى الاجماع لمكان خلاف ابي علي الذي لم يزل موافقا العامة وكم من قول له انعقد الاجماع على خلافه وان كان لمكان خلاف الصدوق ايضا فهو ايضا في غير محله مع انه نقل هو في المختلف كلامه وعرف منشائه ثم انه ينبغي لهما ايضا ان يخطئا علم الهدى وابا المكارم والشيخ في ظاهر الخلاف وكذا المبسوط ويقرب من ذلك ما في المهذب البارع والمسالك من ان دليل ابي علي امتن كما في الاول وانه اكثر واوضح واصح كما في الثاني وستعرف الحال (واما) قول صاحب الكفاية فضعيف جدا مع انه فيما سلف نفى البعد عن عدم ثبوتها في المنقول من عبد وغيره (وكيف كان) فدليل المشهور الاجماعات المعتضدة بالشهرات المنقولة في اثني عشر موضعا وقد سمعت ما في الدروس وجامع المقاصد من انها كادت تكون اجماعا مضافا الى الاصل بمعانيه الاربعة واطباق العامة على خلافنا كما سمعت عن السيد والشيخ والاخبار (فمنها) صحيحة عبد الله بن سنان على الصحيح في العبيدي عن يونس الصريحة في ذلك قال (ع) لاتكون الشفعة الا لشريكين مالم يتقاسما فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة (ومثلها) في الصراحة مرسلة يونس (ومثلها) في الصراحة ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا (ع) ان صحت النسبة قال اذا كان الشريك اكثر من اثنين فلا شفعة لواحد منهم (ومثلها) في الصراحة صحيحة عبد الله بن سنان وموثقته وصحيحة الحلبي وحسنته الواردات في المملوك والحيوان اذ انا انعمل ببعض الخبر ونترك بعضه (الا ان تقول) ان ذلك في غير ماهو من هذا القبيل مما يستقل ولا كذلك ماهنا لانه قال (ع) لاشفعة في حيوان الا يكون الشريك فيه واحدا والباقي من ذلك مثل ذلك (فنقول) ان في غيرها اكمل بلاغ (واما) مايدل على الشفعة مع الكثرة فخبر السكوني وطلحة بن زيد الشفعة على عدد الرجال وعلى الرجال وقد حملها الشيخ والجماعة على التقية وفي سندهما مايدل على ذلك وقد علمت اطباق العامة على ذلك (نعم) قد يوهم الدلالة على هذا القول حسنة منصور بن حازم وموثقته ورواية عقبة حيث وردت بلفظ الشركاء واقل الجمع ثلاثة وكذا لفظ القوم في احدى روايتي منصور وقد حمل في الدروس روايتي منصور على التقية (واجاب) جماعة منهم السيد في الانتصار والشيخ في الاستبصار بحمل الجمع على الاثنين وهو مجاز شائع ذائع في الايات والروايات قال الله عز وجل فان كان له اخوة (سلمنا) وماكان ليكون لكنها لاتقوى على معارضة المشهور من وجوه شتى (ويبقى) الكلام في الكثرة المانعة فهل المراد بها الكثرة السابقة على عقد البيع كأن يكون ثلاثة فيبيع احدهم او الاعم منها ومن اللاحقة كما لو كان الشريك اثنين وباع احدهما نصيبه من اثنين فلا يصح للشريك الآخر الاخذ منهما ولا من احدهما لمكان الشركة اللاحقة لان كل واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصا اذا اشتريا على التعاقب ولم يعلم الشريك الآخر الا بعد شرائهما وقيل انها انما تمنع في المثال فيما اذا اخذ من احدهما دون الآخر اما اذا اخذ من الجميع فلا لان الشريك المستحق للشفعة واحد اقوال (وظاهر) قوله (ع) فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة يقضي بنفي الاستحقاق في المثال مطلقا وهو ظاهر المحقق الثاني والشهيد الثاني والتفصيل ظاهر المصنف في آخر الفروع على القول بالكثرة وظاهر الشهيد

ولا للعاجز ولا المماطل والهارب (متن)

حمل الكثرة على السابقة ذكره في حواشيه وهو المتبادر من الفتاوى ومن اطلاق غير خبر عبدالله بن سنان كقوله (ع) في مرسلة يونس بشرط ان يكون ذلك الشيء بين شريكين لا غيرهما مضافا الى الاستصحاب وعدم عده في المسقطات لاحد منهم وتمام الكلام في اواخر الفروع المترتبة على القول بالكثرة ثم ان المحقق الثاني في اوائل المقصد الرابع قد خالف ماحكيناه عنه هنا عند شرح قوله ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة فليلحظ ذلك (قوله) ==* ولا لعاجز *== اجماعا كما يفهم من المسالك في قيود تعريف الشفيع حيث قال هذا تعريف الشفيع باعتبار قيوده المتفق عليها وبلا خلاف كما في الغنية والرياض وفي مجمع البرهان يمكن ان يكون دليله الاجماع وقد صرح بالحكم في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها وهو معنى مافي التبصرة واللمعة وغيرهما من اشتراط القدرة على الثمن (ودليله) بعد الاجماع الاصل وانه ضرر على المشتري والبائع وان غيره المتبادر من اطلاق النص والفتوى بل يمكن الاستدلال عليه بحسنة علي بن مهزيار بالنهدي وهو الهيثم الواردة في تأجيل مدعي غيبة الثمن ثلاثة ايام ونفي الشفعة ان لم يحضره بعدها وينبغي ايرادها لانها تنفع فيما يأتي من المماطل والهارب قال سئلت ابا جعفر الثاني (ع) عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا اراد بيعها ايبيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه في المصر فلينتظر به الى ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار مايسافر الرجل الى تلك البلد وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وفاه والا فلا شفعة (والمراد) بصاحب الارض المشتري ويدل عليه اطلاق لفظ الشفعة التي هي حقيقة لغة وعرفا وشرعا في الاستحقاق بعد البيع (وتحذلق) هنا صاحب الحدائق وقال ان موردها الشفعة قبل البيع وان المراد بصاحب الارض المالك الاول وان الاصحاب قاسوا حال المشتري على البائع (وفيه) انه اذا سلم ظهورها فيما قال فالالحاق من باب تنقيح المناط بالعقل او بالاجماع او بهما على انه اخذ ذلك من المقدس الاردبيلي (ويتحقق) العجز باعترافه او شهادة القرائن القطعية او عدم مشروعية استدانته وهل يتحقق العجز بفقره واعساره قال في جامع المقاصد فيه نظر لامكان ان يحصله بقرض ونحوه فينتظر به ثلاثة ايام انتهى وقال في المسالك بعد ان تردد ايضا ان الاجود العدم وقد تقدم له في تعريف الشفيع الجزم بذلك وحكم ايضا بانظاره ثلاثة ايام ولعلهما استنادا التحديد بالثلاثة من الحسنة كما عرفت لانها ليست صريحة في ان التأخير من حيث غيبة الثمن بمعنى انه موجود وليس بحاضر بل الظاهر منها ماهو اعم من ذلك ومن عدمه بالكلية او مطله به لان معنى لم ينض لم يحصل فتأمل وفي مجمع البرهان ان الاولى في هذا ان يناط بالوقت الذي يضر الصبر اليه عرفا بالمشتري او البائع عرفا ولعله لايتم على القول بالضرر ولا على القول بالتراخي فتأمل ولا يجب قبول الرهن والضامن والعوض كما في التحرير والدروس والروضة (قوله) ==* ولا المماطل والهارب *== كما في الشرائع وما ذكر بعدها فيما قبلها وصرح في النهاية والسرائر بذلك في المماطل لان المطل والهرب كالعجز بل اقبح لكن اخرجهما بقيد القدرة وفيه مالايخفى لصدق القدرة عليهما بالفعل وارادة لازم القدرة منها وهو دفع الثمن لان كان هو الغاية المقصودة منها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لاتستحسن في التعاريف وان كانت شائعة في غيرها وظاهر اطلاقهم كما في جامع المقاصد ان المطل يتحقق قبل الثلثة ولا يشترط فيه ثلثة ايام لانها للعاجز ولا عجز ويحتمل الحاقه به لظاهر الحسنة كما عرفت ولعل الاولى لا ناطة بالضرر بالصبر وان قل عن الثلاث لان المماطل هو القادر ولا يؤدي فلتأمل (وليعلم) ان العلم بانه مماطل من قبل لايمنع من اخذه بالشفعة واما الهارب ففي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك انه ان كان هربه قبل الاخذ فلا شفعة له قالوا وان كان بعده

فان ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام فان احضره والا بطلت شفعته بعدها ولو ذكر انه في بلد آخر اجل بقدر وصوله منه وثلاثة ايام بعده مالم يستضر المشتري (متن)

فللمشتري الفسخ ولعل الوجه في الاول منافاته الفورية وفي الثاني عموم لاضرر ولاضرار وفي التحرير وما ذكر بعده انه لايتوقف على حكم الحاكم لمكان الضرر وان لم يكن له اي المشتري ذلك في المبيع اذا هرب المشتري او اخر الدفع لان البيع حصل باختيارهما وهنا اخذه الشفيع لغير اختيار لازالة الضرر عن نفسه فاذا اشتمل على اضرار المشتري منع وفي التذكرة ان الفسخ للحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام فان احضره والا بطلت شفعته بعدها ولو ذكر انه في بلد آخر اجل بقدر وصوله منه وثلاثة ايام بعده ﴾ كما صرح بذلك كله في النهاية والمهذب والكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها (والاصل) في ذلك كله حسنة ابن مهزيار المتقدمة وقد سمعتها وعرفت الحال فيها فيما اورد على الاستدلال بها وعليها العمل كما في المفاتيح ويمكن ان يقال انه يظهر من الغنية دعوى الاجماع كما ستسمع ولعل المراد ببطلان الشفعة ان لم يحضره انها تسقط ان لم يكن اخذ وانه يتسلط على الفسخ ان كان قد اخذ كما نبه عليه في التذكرة وصرح به في جامع المقاصد والمسالك وفي الكفاية ان هذا التفصيل غير مذكور في الرواية ونعم ماقال اذ اقصى مايقال من طرف المفصلين مع الغض عن الشق الاول لانه لايمكن ارادته من الرواية لانه مبني على ان طلب الشفعة في الرواية ليس بمعنى التملك والاخذ بل بمعنى انه يقال أني اريد ان اخذ وهو باطل من وجوه عديدة ياتي بيانها في الفصل الثالث ان الحكم بالبطلان انما هو لمكان مراعاة المشتري فاذا رضي بالتأخير فقد اسقط حقه واقصى مادلت عليه الرواية ان حق الشفيع يسقط بمعنى انه ليس له المطالبة بالشفعة وهو لايستلزم سقوط حق المشتري من مطالبة الشفيع بالثمن بعد اخذه بالصيغة الناقلة ورضا المشتري بالتأخير ولا دلالة فيها على بطلان حق الشفيع اذ الشان فيها كالشان فيما ورد في خيار التأخير من انه لابيع له مع اطباق الاصحاب على بقاء الصحة وبقاء الخيار لافساده من اصله فمعنى قوله (ع) بطلت الشفعة في الفرض الاول في الخبر انه لاشفعة له كما قال (ع) ذلك في الفرض الثاني ومعنى قوله (ع) لاشفعة له انها غير لازمة كما قلناه في قوله (ع) لابيع له في خيار التأخير من ان معناه لايلزم البيع هذا اقصى مايمكن ان يقال في توجيه ذلك وهو خروج عن صريح الرواية لانها صرحت بالبطلان فيكون معنى قوله (ع) لاشفعة له انها باطلة فيحمل الظاهر او المحتمل على الصريح لاالعكس ثم انه اذا بطل حق الشفيع وصار كالاجنبي كيف يبقى حق المشتري وكيف يكون من قبيل قوله (ع) في خيار التأخير لابيع له وياتي لنا في اول الفصل الثالث تحرير ذلك كله هذا وظاهر الرواية يشعر بان ابتداء الثلاثة من حين علمه بالبيع لامن حينه لان المتبادر من قوله فذهب انتظار الثلاثة من حين ذهابه لاحضار المال وهذا الذهاب واجب فورا كما كان اخذه فوريا من حين العلم وتعتبر الثلاثة ملفقة لوقوع البيع في خلال اليوم كما في جامع المقاصد قال وهل تعتبر الليالي بحيث تلفق ثلاثة ايام وثلاث ليال لاتصريح بذلك ولو قلنا ان مسمى اليوم شامل لليل اعتبرت نعم لو وقع البيع اول الليل فالليالي داخلة تبعا انتهى (قلت) قد قلنا في مثله كخيار الحيوان ونحوه باعتبار الليالي لدخول الليلتين اصالة فتدخل الثالثة حذرا من اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد الا ان تقول ان هذه الكلمة تقال عرفا مع خروج الليلة الثالثة حيث لاقرينة تعين دخولها او خروجها ولو احتيج الى الرفيق حيث يذكر انه في بلد آخر انتظر حصوله كما هو المستمر في العادة ولا يجب عليه استيجاره والظاهر انه لايستثنى له وقت يكون فيه في ذلك البلد زيادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ مالم يستضر المشتري ﴾ قد صرح به في النهاية وكثير مما تأخر عنها وفي الغنية الاجماع عليه قال هذا اذا لم يؤد الصبر عليه الى ضرر فان ادى الى ذلك بطلت الشفعة بدليل

فان كان المشتري مسلما اشترط في الشفيع الاسلام وان اشتراه من ذمي والا فلا وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشتري لهما او البائع عنهما على اشكال وكذا الوصي على رأي والوكيل (متن)

اجماع الطائفة وفي مجمع البرهان ان ظاهر الرواية عدم التقييد بعدم الضرر وكأنهم قيدوه به لانه منفي عقلا ونقلا لكنه غير ظاهر لانا نجد وقوع الضرر في الشرع كثيرا فليس له ضابط واضح (قلت) الضابط في ذلك العرف فيتحقق ضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بمثله فحينئذ انما يثبت التأجيل بما ذكر اذا لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بمثله كسفر من بالعراق الى الشام ونحو ذلك (قوله) =*﴿ فان كان المشتري مسلما اشترط في الشفيع الاسلام وان اشتراه من ذمي والا فلا ﴾*= فلا شفعة لكافر على مسلم كما صرح به في المقنعة والانتصار والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة وفقه الراوندي والغنية والسرائر وسائر ماتأخر عنها وقد حكي عليه الاجماع في الانتصار والخلاف والمبسوط والغنية ومجمع البرهان وظاهر التذكرة حيث نسبه الى علمائنا وفي السرائر انه لاخلاف فيه وفي المسالك كأنه موضع وفاق لان الشفعة حق قهري فلا يثبت للكافر على المسلم لقوله جل شأنه ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي الخبر ليس لليهودي ولا النصراني شفعة وقد قالوا ان المراد على المسلم للاجماع على ثبوتها لهما على غيره حكاه جماعة واختصاص النص واكثر الفتاوي بالذمي لعله لندرة اتفاق شركة المسلم مع الحربي او للتنبيه على الادنى بالاعلى ولا فرق في ذلك بين ان يكون البائع مسلما او ذميا لان الشفيع انما يأخذ من المشتري فان لم يكن المشتري مسلما لم يشترط اسلام الشفيع وان كان البائع مسلما (قوله) =*﴿ وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشتري او البائع عنهما على اشكال ﴾*= ينشأ من ان ايقاع العقد يتضمن الرضا به وذلك مسقط للشفعة وهو خيرة المختلف وحده لاشريك له ومن ان ايقاع العقد المذكور تمهيد للاخذ بالشفعة وتحقيق لسببه فلا يكون الرضا به مسقطا لها اذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضي الرضا بالمسبب وبعبارة اخرى وهي ان ايجاد العلة وهي البيع لاينافي طلب المعلول وهو الشفعة وهو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة (لايقال) ان البيع والشراء مع ارادة الشفعة لايقعان صحيحين اذ لاغبطة لهما في ذلك (لانا نقول) ان المفروض صحة التصرف وهي مقيدة بالمصلحة فمتى وجدت صح والا فلا والكلام في الصبي والمجنون ولا ريب ان للاب وان علا الشفعة على الولد العموم ولا بحث في البالغ العاقل وهل يستحق الولد على الوالد الشفعة قال في جامع المقاصد فيه احتمالان وفي الاستحقاق قوة (قلت) هو قضية العموم (قوله) =*﴿ وكذا الوصي على رأي ﴾*= اي له الاخذ بالشفعة اذا باع او اشترى لمن هو مولى عليه كما هو خيرة التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وقال في الشرائع لو قيل به كان اشبه وقد فهم منه في المسالك انه خيرته وقال في المبسوط اذا باع ولي اليتيم حصته من المشترك بينه وبينه لم يكن له الاخذ بالشفعة الا ان يكون ابا او جدا لان الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن ولانه ليس له ان يشتري لنفسه بخلاف الاب والجد انتهى (وفيه) ان المفروض وقوع البيع على الوجه المعتبر ثم ان في خبر السكوني وصي اليتيم بمنزلة ابيه يأخذ له الشفعة اذا كان له رغبة فيه فقد دل على كونه مثل الاب في جميع الامور حتى في الاخذ بالشفعة وظاهر المختلف الاجماع على انه يجوز للوصي ان يشتري لنفسه كالاب والجد وهو كذلك هذا ولو رفع امره الى الحاكم فباع فاخذ بالشفعة فلا بحث في الصحة كما في جامع المقاصد والمسالك لارتفاع التهمة والاستناد الى الرضا بالبيع قد تبين فساده (قوله) =*﴿ والوكيل ﴾*= اي في الشراء والبيع له ان يأخذ بالشفعة لنفسه قولا واحدا كما في جامع المقاصد وقد نص على الحكم في الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها ويأتي في مسقطات الشفعة للمصنف وغيره انه غير مسقط ومنع من

وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الاخذ عنهما الولي مع المصلحة فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة (متن)

اخذه في المبسوط والمختلف واستشكل في التذكرة (ومستند) الاول التهمة في تقليل الثمن وانه لايجوز لشرائه من نفسه والاخيرين ان قصد البيع ورضاه به مسقط لها كما تقدم وقد عرفت الجواب عنها وان المسقط انما هو رضاه بالبيع ليبقى ملكا للمشتري وهذ غير لازم حصوله عن كونه وكيلا لاحدهما في العقد والا فلا ريب ان من يتوقع الشفعة راض بوقوع البيع ويزيد الاول ان الوكيل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان وقف على تقصير (قوله) =*﴿ وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الاخذ عنهما الولي مع المصلحة ﴾*= قد صرح بان ولي الصبي اليتيم ياخذ له بالشفعة في المقنع والنهاية وزيد المؤف في المقنعة والوسيلة وقد عبر عن ذلك بان لولي غير كامل العقل ان ياخذ له بالشفعة في الغنية والمراسم وهو يشمل الصبي والمجنون والسفيه وبالثلاثة عبر في الخلاف والمهذب ووافقهما على ذلك جماعة منهم المصنف في الكتاب والمحقق الثاني كما ستعرف والاكثرون اقتصروا على الصبي والمجنون كما في التذكرة وكثير مما تأخر عنها وفي الخلاف والغنية والتذكرة الاجماع كل حكاه على ماذكره وفي مجمع البرهان ان قيام الولي مقام المولى عليه في اخذ الشفعة كأنه لاخلاف فيه وفي جامع المقاصد لاشبهة في ثبوت الشفعة للصبي والمجنون بشروطها وبه رواية عن علي عليه السلام وستسمع ان ليس للمجنون في الرواية ذكر وفي الكافي والغنية والسرائر ان المطالب بالشفعة للمولى عليه وليه او الناظر في امور المسلمين فقد زادوا الحاكم وقد يراد من الولي في كلام الباقين فتأمل (واول) من قيد ذلك بالمصلحة والغبطة المحقق في الشرائع والنافع وتبعه غيره وهو المراد بالرغبة في الرواية كما ستسمع وتركه في كلام المتقدمين لظهوره ووضوح انه لابد منه وقد نبه عليه في الخلاف في المسائل الاتية (نعم) ستسمع عن فخر الاسلام انه يكتفي في اخذ الولي عدم المفسدة (وكيف كان) فدليلهم على اخذ الولي له بعد الاجماعات انه كسائر التصرفات مضافا الى العمومات المعتضدة بالوجه الظاهر من الحكمة المشركة وقول امير المؤمنين (ع) في خبر السكوني المنجبر بعمل الفرقة وصي اليتيم بمنزلة ابيه ياخذ له الشفعة اذا كان له رغبة فيه وقال للغائب شفعة وهو وان خص اليتيم والغائب الا انه لاقائل بالفصل بين الصبي والمجنون بل والسفيه واقتصار بعضهم على الصبي لعله لاشتراك المجنون بل والسفيه معه في جميع الاحكام الا ما قل مع المحافظة على مورد النص فتأمل وقد سمعت ما في جامع المقاصد من جعل الصبي والمجنون من سنخ واحد حيث نسب ذلك الى الرواية (والظاهر) ان ذلك غير واجب على الولي للاصل وعدم تصريح احد بالوجوب بل ظاهرهم عدمه حيث يقولون كان لوليه فاوليه يتولى الاخذ له الولي ولم يقل احد على الولي او يجب على الولي (نعم) احتمل المقدس الاردبيلي فيما ياتي في مسئلة ما اذا اهمل ان يكون اهماله حراما ثم استظهر العدم كما ستسمع ويعلم من ذلك ثبوتها للمولى عليه مضافا الى عموم اخبار الباب المتناولة للمولى عليه وغيره واثبت الشهيدان للمفلس الشفعة وفاقا للتذكرة وقالا انه لايجب على الغرماء تمكينه من الثمن فان بذلوه او رضي المشتري بذمته واخذ تعلق بالشقص حق الغرماء قال في الروضة ولا يجب عليه الاخذ لو طلبوه منه مطلقا اي سواء بذلوا له الثمن او رضي المشتري بذمته وتمام الكلام عند تعرض المصنف له فيما ياتي (قوله) —*﴿ فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ﴾*— اذا كان الحظ في الاخذ واهمل الولي كما في الخلاف والتحرير والمقنعة في خصوص الصبي مع ترك القيد في المقنعة وكما في الغنية والسرائر مع ترك القيد والشرائع والنافع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية فيه وفي المجنون وفي الغنية الاجماع عليه وكما في الدروس واللمعة والمسالك والروضة والمفاتيح فيهما وفي السفيه (ودليله) فيهما بعد الاجماع معلوما ومنقولا ان التأخير وقع لعذر وتقصير الولي بالتراخي لايسقط حق المولى عليه والحق ليس متجددا له عند الكمال بل هو مستمر وانما المتجدد له اهلية الاخذ فالملك باق للمشتري

الا ان يكون الترك اصلح (متن)

الى حين الاخذ وليس في ذلك الا حصول الضرر على المشتري بطول انتظار ارتفاع الموانع ومقتضى تعارض الضررين الرجوع الى حكم الاصل (ويدفعه) اطباقهم على ذلك ولعله لمكان اطلاق الخبر في ذلك مع انه هو الذي ادخل الضرر على نفسه بشرائه شقص شريك اليتيم مضافا الى اطباقهم على مثل ذلك في الغائب وان طالت المدة وقال الشهيدان الاقرب ان للولي ذلك لبطلان الترك (وليعلم) ان عفو الولي كتركه كما نص عليه في التذكرة وهو قضية كلام الباقين وفيها وفي التحرير والايضاح وجامع المقاصد انه لو عفى الولي مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة والمصنف استشكل فيه فيما يأتي من الكتاب من ادائه الى التراخي ومن ان الحق ثابت للطفل والفرض بطلان العفو فللولي المطالبة به كسائر الحقوق وتقصيره لا يسقط حق الطفل والمصنف جعل الترك بين الولي والصبي فاستشكل في الاول كما عرفت وجزم بان للصبي المطالبة عند كماله ان الصبي يتجدد له الحق عند بلوغه فلا تراخي وقد عرفت ان المتجدد له انما هو اهلية الاخذ وقد يراد بالحق في كلامه اهلية الاخذ بل لا يتم وجها الاشكال الا به والا لتناقض قوله من ادائه الى التراخي ومن ان الحق ثابت للطفل عند التأمل وامعان النظر (وليعلم) انه لا غرم على الولي وقد نص عليه في التحرير وقال المقدس الاردبيلي يمكن ان يكون اهمال الولي مع المصلحة حراما فتسقط العدالة والولاية ان كان كبيرة او مع الاصرار والظاهر العدم للاصل ولعل احتماله كون الاهمال كبيرة لانه كالاتلاف والاتلاف كالاكل (قوله) ﴿ الا ان يكون الترك اصلح ﴾ كما في التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان ومنه ما اذا ترك لاعسار الصبي فانه ليس له ولا للصبي الاخذ بعد يساره كما نص عليه فيما يأتي من الكتاب ولو كانت الغبطة في الترك فترك او عفى ثم صار الحظ في الاخذ لم يكن له ولا للصبي اذا بلغ الاخذ نص عليه في التحرير و(قال) في الخلاف اذا كان للصبي شفعة والحظ له في تركه فتركه الولي وبلغ الصبي ورشد فله المطالبة بالاخذ وله تركه لانها حقه وليس على اسقاطها دلالة وايضا جميع العمومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضع ولا دلالة على اسقاطها بترك الولي انتهى ولعله لذلك تركه الاكثر فتأمل (وفيه) انه اذا كان الحظ في العفو او الترك فعفى او ترك وجب ان يصح كما يصح له الاخذ عند الحظ ولا اعتراض عليه للمولى عليه نكذا هنا لان الولي يتبع المصلحة للمولى عليه الا ان تقول ليس للولي ان يعفو وانما يترك الاخذ ان لم يكن حظا تركا لا عفوا فالمولى عليه بعد الكمال له الخيار لان المستحق للشفعة له اخذها سواء كان فيها حظ او لم يكن وانما يعتبر الحظ في اخذ الولي مضافا الى ما يأتي (والحق) والتحقيق ان ترك الولي مع المصلحة في الترك لا يسقط شفعة الصبي وفي عفوه حينئذ وجهان ولعل الاوجه صحته لانه ولي قد تصرف مع المصلحة (وكيف كان) فمختار الخلاف قوي متين جدا لانه لا تعرض فيه للعفو (وحكي) عن فخر الاسلام ان الولي لو ترك مع تساوي الاخذ والترك كان للمولى عليه مع زوال الحجر الاخذ ولا يشترط في اخذ الولي الغبطة بل عدم المفسدة (وعلى الاول) اي قول المصنف ومن وافقه لو جهل الحال في سبب الترك هل هو للمصلحة او للتقصير ففي استحقاقهم الاخذ وجهان من وجود السبب فيستصحب وهو الظاهر من الكتاب كما ستسمع والموافق لشرع الشفعة اذ احتمال التضرر بالقسمة التي لا تبارح الشركة ثبت لا يزول فكان الاصل الحظ في الاخذ بالشفعة الا ان يعلم ان الحظ في الترك كأن يباع الشقص باكثر من ثمن المثل او به ولم يكن للمولى عليه مال ولا تلتفت الى ان الاصل في فعل المسلم الذي هو الولي وتركه الصحة لانه انما يتم اذا كان الاخذ واجبا عليه حتى يقال ان الاصل في المسلم ان لا يخل بواجب فهذا الوجه هو الاصح ومن انه مقيد بالمصلحة وهي غير معلومة وفي جامع المقاصد انه وجيه وفي الروضة انه اوجه وقد عرفت الحال في ذلك وانه انما يتجه حيث يكون الاخذ مع المصلحة واجبا عليه وفي جامع المقاصد ان قول المصنف فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة الا

ولو اخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح والملك باق للمشتري وتثبت للغائب والسفيه والمكاتب وان لم يرض المولى ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة ان لم يكن ربح اوكان لان العامل لا يملك بالبيع وله الاجرة (متن)

ان يكون الترك اصلح يقتضي انه لو جهل الحال لها المطالبة بعد الكمال لشمول قوله فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة لذلك فلو قيد بثبوت المصلحة لم يكن الاستثناء متصلا وهو خلاف الظاهر انتهى وقد عرفت الحال (قوله) ولو اخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك وجامع المقاصد وفي الاخير انه لاريب فيه لان الاخذ مقيد بالمصلحة (قوله) والملك باق للمشتري كما في التذكرة والتحرير وهي من تتمة قوله ولو اخذ الولي الخ كما نبه في جامع المقاصد وهو الظاهر من العبارة ولا يحتمل غيره من عبارتي التذكرة والتحرير وحكي في جامع المقاصد عن حواشي الشهيد انه يمكن ان يكون من تتمة قوله ولو ترك فلها المطالبة بعد الكمال فيكون جوابا عن سؤال مقدر تقديره انه لو ثبت الاستحقاق بعد الكمال لكان الاخذ انما هو بالعقد السابق فينكشف ان الملك لم يكن للمشتري وجوابه ان الملك باق للمشتري والاخذ انما يفيد الملك من حينه وقال انه ليس بشيء لان العبارة تأباه (قوله) وتثبت للغائب باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف وباجماع علمائنا كافة كما في التذكرة ولا شبهة في ذلك كما في المسالك وقال في الغنية يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف وان كان حاضرا في البلد وكذلك حكم المسافر اذا قدم من غيبته وبالحكم صرح في المقنع واكثر ما تأخر عنه وقد سمعت ان امير المؤمنين (ع) قال في خبر السكوني للغائب شفعة (وليعلم) ان ذلك ثبت له وان طالت غيبته كما هو قضية اطلاق النص والاجماع والفتاوى وبه صرح جماعة وذلك ان لم يتمكن من الاخذ بنفسه او وكيله كما صرح بذلك في التحرير والمبسوط والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وهو معنى ما في التذكرة فان اخر مع امكان المطالبة بطلت شفعته وقد صرح في المبسوط واكثر هذه بانه لا عبرة بتمكنه من الاشهاد وظاهر المسالك الاجماع عليه ذكره في اواخر الباب وقال في التحرير لو اشهد على المطالبة ثم اخر القدوم مع امكانه فالوجه بطلان شفعته وقال جماعة منهم الشيخ في المبسوط ان في حكمه المريض والمحبوس ظلما او بحق يعجز عنه وقال الشهيد (الشهيدان خ ل) انه لو قدر عليه اي الحق ولم يطالب بعد مضي زمان يتمكن فيه من التخلص والمطالبة بطلت (قوله) والسفيه قد تقدم الكلام فيه وقد سمعت اجماع الخلاف وكذا الغنية على ثبوتها له العموم والذي يأخذ له وليه (قوله) والمكاتب وان لم يرض المولى للعموم والتصرف انما وقع له لا للسيد ولا فرق فيه بين نوعيه كما هو صريح الدروس والمسالك وظاهر اطلاق الكتاب والشرائع والتحرير وغيرها لانه قد انقطعت سلطنة المولى عنه بل له الاخذ من السيد ان كان هو المشتري ومن المشترى منه ان كان هو البائع (قوله) ويملك صاحب القراض بالشراء لا بالشفعة ان لم يكن ربح او كان لان العامل لا يملك بالبيع وله الاجرة قد اختلفت كلمتهم في هذا الفرع (ففي المبسوط) فهل لرب المال ان يأخذ بالشفعة ام لا قيل فيه ثلاثة اقوال (احدها) انه يأخذه بملكه لا بالشفعة (والثاني) انه يأخذه بالشفعة (والثالث) انه ليس له ان يأخذه بالشفعة (بشفعة خ ل) ولا بغير شفعة ولم يرجح شيئا وما في الكتاب يوافق ما في التحرير ويقرب منها ما في الشرائع الا ان ظاهرها خلاف ذلك فيما اذا ظهر ربح قال ولو ابتاع العامل في القراض شقصا وصاحب المال شفيعه فقد ملك بالشراء لا بالشفعة ولا اعتراض للعامل ان لم يكن ظهر ربح وله المطالبة باجرة عمله وبقضيته ان له الاعتراض ان ظهر ربح والموافق لقواعد الباب وباب المضاربة ما في الدروس قال ليس للمالك اخذ ما شراء العامل بالشفعة بل له فسخ المضاربة فيه فان كان فيه الربح ملك

واما المأخوذ منه فهو كل من تجدد ملكه بالبيع واحترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة (متن)

العامل نصيبه والا فله الاجرة انتهى وايضاح المسئلة وبيان معنى العبارة (ان يقال) اذا اشترى العامل بمال المضاربة شقصا لصاحب المال فيه شركة ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة لانه اشتراه بعين ماله فيقع الشراء له ولا يعقل ان يستحق الانسان ان يملك ملكه بسبب آخر وهذا بخلاف الجناية الموجبة للقصاص هذا اذا لم يكن هناك ربح او كان وقلنا ان العامل انما يملك نصيبه منه بالانضاض لا بالظهور ولو قلنا انه يملك بالظهور فمقتضى قواعد المضاربة انه يصير شريكا في الشقص لصاحب المال سواء فسخ المضاربة ام لا ومقتضى قواعد الشفعة ان ليس له في نصيب العامل شفعة لان العامل لم يملك هذا النصيب بالشراء وانما ملكه بظهور الربح سواء قارن الشراء ام تأخر وليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصة التي ملكها بظهور الربح بان يفسخ المضاربة ويرده الى الاجرة والى ذلك اشار الشهيد في الدروس وحواشيه على الكتاب وهو المفهوم من مفهوم عبارة الشرائع لكن قضية كلام الكتاب والتحرير ان لصاحب المال ذلك (ووجهه) له في جامع المقاصد بان العامل وان استحق الحصة من الربح بالظهور الا ان استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين فان الشركة ان لم تكن موجبة لاستحقاقه التملك لكونه حقه فلتكن رافعة لتملك العامل بعض العين ومتى فات حقه من الربح استحق اجرة المثل (وقد) اخذه مما حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية من ان للمالك ان يأخذ بحكم فسخ المضاربة لانه لما امتنع استحقاقه الشفعة فلا اقل من ان يستحق قطع سلطنة العامل عن الشقص لانه ممكن فلا يلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا كما نقول فيما اذا جنى المرتهن على عبد المولى فانه يكون للمولى فكه من الرهن بسبب الجناية وحينئذ فيكون على صاحب المال اجرة المثل عن عمله لكونه محترما سواء ظهر ربح ام لا (ويرد) عليه ان الفسخ لا يسقط حق العامل من الربح الذي قد استحقه قبل الفسخ انما يؤثر بالنسبة الى المستقبل والجناية الموجبة للقصاص ليست مالا (ويشهد) لما في الكتاب ان ماذكرناه وذكره الشهيد ثابت في جميع اقسام المضاربة فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعا في ثبوت الفسخ (ويجاب) بانه انما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم انه له اخذه بالشفعة وان الاستحالة ممنوعة لمكان ثبوت مثله في الجناية فقول المصنف لان العامل لا يملكه بالبيع تعليل لقوله يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة على تقدير الربح ومعناه ان استحقاق العامل متأخر عن العقد فلا يمكن اخذه بالشفعة وفيه تنبيه على استحقاق صاحب المال العين واختصاصه بها دون العامل وان ظهر ربح لان حق المالك وهو الاختصاص بسبب الشركة فلا يزيله الحق الطارئ بل للمالك فسخ استحقاقه وينتقل الى اجرة المثل كذا في جامع المقاصد ولا ترجيح في التذكرة وانما حكى عن العامة ثلاثة اقوال (احدها) ماسمعته (والثاني) انه يثبت له كما يثبت له على عبده المرهون حق الجناية (والثالث) عدم الثبوت (وبقي) هنا شيء يرد على ظاهر العبارة وماكان نحوها وهو انه اذا لم يظهر الربح او ظهر فان المضاربة تبقى على حالها ان لم يفسخ صاحب المال ولا اجرة للعامل بل له ماشرط له من الربح ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ لان جميع مال القراض مملوك لصاحب المال وان لم يكن في شركته فالعبارات محمولة على ما اذا فسخ القراض ولعل الترك لمكان شدة الظهور (قوله) ==* واما المأخوذ منه فهو كل من تجدد ملكه بالبيع واحترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة *== اذ ليس لاحدهما على الآخر شفعة لعدم الاولوية وعدم امكان الشركة (وفي) جامع المقاصد ان في كون هذا احترازا عن الشريكين دفعة مناقشة لان كلاً منهما يصدق عليه الضابط المذكور وهو انه تجدد ملكه بالبيع ولو قال هو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك لكان اولى فتأمل لانه ايضا لا يجدي في الاحتراز ومراد المصنف تجدد ملكه على ملك شريكه فتندفع المناقشة (قوله)

ولو باع المكاتب شقصا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة ولو اشترى الولي للطفل شقصا في شركته جاز ان يأخذ بالشفعة ولو حابى في مرض الموت فان خرج من الثلث اخذه الشفيع بالمسمى والا مايخرج منه بالنسبة وان كان الوارث الشفيع (متن)

=*﴿ ولو باع المكاتب شقصا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة ﴾*= كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد قال في التحرير لو باع المكاتب المشروط شقصا على مولاه بنجومه ثم عجز فالاقرب ثبوت الشفعة مع احتمال بطلانها لخروجه عن كونه مبيعا انتهى (ووجه) بقاء الشفعة ان التصرفات السابقة منه كانت صحيحة معتبرة وقد انقطعت سلطنة السيد عنه حينئذ (ووجه) غير الاقرب ان الكتابة بطلت بفسخها فبطل العوض الذي هو ثمن المبيع فبطل البيع فكيف تثبت الشفعة (وفيه) ان الكتابة انما تبطل من حين الفسخ لاقبله فلا يبطل البيع السابق (وعن) الشهيد في حواشيه انه احتمل ان تكون الباء في العبارة السببية بان يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخص آخر فتثبت الشفعة بهذا البيع للسيد ان كان هو الشريك او غيره على المشتري ان كان هو السيد او غيره وجعله اولى لان البيع بمال الكتابة لايتم الا اذا اريد به البيع لبعضه قال في جامع المقاصد وفيه انه يمكن البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول انتهى وفيه نظر واضح (قوله) =*﴿ ولو اشترى الولي للطفل شقصا في شركته جاز ان يأخذ بالشفعة ﴾*= هذا تقدم الكلام فيه حيث قال وان كان هو المشتري لهما والبائع عنهما على اشكال وعن الشهيد انه نزل التكرار على احد امرين تخصيص الاشكال السابق بالبيع والرجوع عن الاشكال الى الجزم قال في جامع المقاصد انه تكلف بين (قوله) =*﴿ ولو حابى في مرض الموت فان خرج من الثلث اخذه الشفيع بالمسمى ﴾*= اي لو باع المريض بيعا فيه محاباة اي عطية كأن باع بدون ثمن المثل فان خرجت المحاباة من الثلث بناء على ان تبرعات المريض انما تكون من الثلث فالبيع صحيح ويأخذ الشفيع بالمسمى كما هو ظاهر (قوله) =*﴿ والا مايخرج منه بالنسبة ﴾*= اي وان لم تخرج المحاباة من الثلث اخذ مايخرج من المبيع بنسبته من الثمن لابكل الثمن لانه لايبطل من المبيع شيء الا ويبطل من الثمن مايقابله كما هو خيرة المصنف في اكثر كتبه والمحقق الثاني والشهيد الثاني لان فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن لوجوب مقابلة اجزاء المبيع باجزاء الثمن فكما انه لايجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعا فكذا لايجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن واذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما لان المانع في الموضعين هو بقاء احد المتقابلين بدون المقابل الآخر كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في احداهما اخذ المشتري الاخرى بقسطها من الثمن فاذا باع دارا هي مجموع تركته قيمتها مائتان بمائة صح البيع في ثلثي الدار بثلثي المائة كما يأتي بيانه (ويلزم) الشيخ والاكثر ان الشفيع يأخذ مايخرج من المبيع بكل الثمن لانهم ذهبوا الى انه يصح البيع في الفرض والمثال في النصف في مقابلة المائة وفي الثلث بالمحاباة ويبطل في السدس الباقي فيرجع الى الورثة ووافقهم عليه المصنف في التلخيص على ماحكي ونسبه في عدة مواضع من وصايا الكتاب والتذكرة وولده في وصايا الايضاح الى علمائنا لان المشتري قد كان ملك الجميع بالثمن ملكا متزلزلا يستقر بالبرء فلما فرض موته رد الى الورثة من التركة السدس عملا باصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه مازاد عن الثلث مما لاعوض عنه فيبقى الباقي ولان العقد قد اشتمل على بيع وعطية ومحل العطية هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع لان معنى العطية هنا ازالة المريض ملكه تبرعا من غير لزوم وهو لايتحقق الا في الزائد فيكون محل البيع هو الباقي فكأن العقد واقع بكل الثمن على الباقي (واجاب) الشهيد عما استند اليه المصنف بان المتنازع فيه قد اشتمل على بيع وهبة ولهذا يسمى بيعا مشتملا على المحاباة فحينئذ لامساواة بينه وبين مامثل به لان ذلك بيع محض ولا محذور لو بقي الموهوب بغير عوض يقابله وفي الدليل والجواب نظر (اما الاول) فلان البطلان في قدر

وللولي البائع عن احد الشريكين الاخذ للآخر وكذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ بالشفعة الا بعد ان يولد حيا ﴿ متن ﴾

الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان في مقابله من الثمن كما تقدم ومعه لايبقى الاصل مستمسكا في اللزوم بالنسبة الى مجموع الثمن (واما الثاني) فانا نمنع اشتمال العقد المذكور على بيع وهبة بالاستقلال وانما هو بيع يلزمه ماهو بحكم الهبة وليس للهبة فيه ذكر ولا يلزم من لزوم ماهو كالهبة ان يتخلف عن البيع مقتضاه وهو مقابلة الجميع بالجميع وقد حكموا بمثل ذلك فيما اذا كان العوضان ربويين كما اذا كان جميع تركته كرا من طعام قيمته ستة دنانير فباعه بكر ردي قيمته ثلاثة فالمحاباة هنا ايضا بنصف تركته ولا يمكن هنا الحكم بصحة البيع فيما قابل الثمن ... من المبيع وفي مقدار الثلث بعد ذلك والبطلان في الزائد وهو السدس كما قاله الشيخ والجماعة هنا لزوم الربا لانه يكون قد صح البيع في خمسة اسداس كر بكر فلا بد من مراعاة المطابقة بين العوضين في المقدار مع ايصال قدر العوض والثلث الى المشتري فقالوا انه يرد على الورثة ثلث كرهم وقيمته ديناران ويردون عليه ثلث كره وقيمته دينار فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر وابيان ماصح فيه البيع في مسئلة الدار على مختار المصنف طريقان (احدهما) ان يسقط الثمن من قيمة المبيع وتنسب الثلث الى الباقي فيصح البيع بقدر تلك النسبة في المثال تسقط الثمن وهو المائة من قيمة المبيع وهو المائتان فانه يبقى مائة وينسب ثلث التركة وهو ستة وستون وثلثان الى الباقي بعد الاسقاط وهو المائة فيكون ثلثيه فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن (والثاني) ان تقول صح البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو نصف ما صح من العبد فهو نصف شيء فالمحاباة بنصف شيء فيجب ان يكون للورثة شيء وهو ضعفها وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء فيبقى لهم نصف شيء يجب ان يرجع اليهم من العبد فيبطل فيه البيع ويبطل في مقابله من الثمن وهو ربع شيء فيجب ان يقسط المبيع على شيء ونصف فيكون العبد في تقدير شيء ونصف فالشيء ثلثاه وهما المشتري وهو ما زاد على قدر الثمن مما صح فيه البيع والنصف للورثة ويكون الثمن في تقدير ثلاثة ارباع شيء نصف شيء مع الورثة وربع مع المشتري وتمام الكلام في باب الوصايا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللولي البائع عن احد الشريكين الاخذ للآخر ﴾ هذا يعلم حكمه مما تقدم ولا يرد الاشكال بالرضا كما عرفت ولا بعد في الفرض لان احدهما قد يحتاج الى البيع والاخر الى الاخذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة ﴾ المراد بالوكيل من كان له نيابة الاخذ لعموم التوكيل فيأخذ مع المصلحة وله ان يعفو اما لو كان وكيلا في الاخذ بالشفعة اخذ وان لم يكن مصلحة والوكيل في البيع خاصة ينعزل بفعله وليس له الاخذ بالشفعة ولو وكل الشريك شريكه في البيع فباع فله الاخذ بالشفعة وكذا لو وكل انسان احد الشريكين ليشتري الشقص من الاخر فاشتراه فله الاخذ بالشفعة ولا يرد الاشكال بالرضا ولا بالتهمة كما تقدم وقول ابي حنيفة فاسد من ان المبيع ينتقل اولا الى الوكيل ثم عنه الى الموكل فلو اخذ بالشفعة استحقها على نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ بالشفعة ﴾ وهو محل كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لعدم تيقن حياته ولاظنها لعدم الاستناد الى الاستصحاب بخلاف الغائب والحمل لا يملك بالابتداء الا الارث والوصية وقضية كلامهم انه لا يفرق فيه بين من مضى له اربعة اشهر او خمسة ومن لم يمض له ذلك فالمراد به ما لم يولد حيا كما اذا كانت بينهما دار فمات احدهما عن حمل فباع الاخر نصيبه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا بعد ان يولد حيا ﴾ يريد انه لو انفصل حيا كان لوليه الاخذ بالشفعة او له بعد كماله كما هو خيرة التذكرة لتناول دلائل الشفعة له وفي جامع المقاصد ان فيه قوة وتردد في الدروس واقتصر في التحرير على ذكره احتمالا فهو متردد ايضا ولعل احتمال العدم لانه لا يملك بالابتداء سوى الامرين المتقدمين فلا يمكن انشاء

ولو عفى ولي الطفل مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة على اشكال ينشأ من ادائه الى التراخي بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الاخذ بعد يساره ولا للصبي والمغمى عليه كالغائب وللمفلس الاخذ بالشفعة وليس للغرماء الاخذ بها ولا اجباره عليه ولا منعه منه وان لم يكن له فيها حظ نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها فان رضي الغرماء بالدفع او المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع والا كان للمشتري الانتزاع والعبد المأذون في التجارة الاخذ بالشفعة ولا يصح عفوه (متن)

ملك له و يشكل بانه لو لم يكن له صلاحية الملك لم يرث (قوله) =*﴿ ولو عفى ولي الطفل مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة على اشكال ينشأ من ادائه الى التراخي بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له ﴾*= قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى مسبغا عند قوله فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة (قوله) =*﴿ ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الاخذ بعد يساره ولا للصبي ﴾*= هذا ايضا قد تقدم الكلام فيه في ذلك المقام (قوله) =*﴿ والمغمى عليه كالغائب ﴾*= كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد تنتظر افاقته كما في التحرير وان تطاول الاغماء ولا ولاية لاحد عليه فلا يتصور الاخذ عنه كما في الدروس وجامع المقاصد وان اخذ احد له لغى وان افاق واجاز ملك من حين الاجازة لا قبلها فالنماء للمشتري قبلها كما في الدروس ولعله لانه لا مجيز له في الحال فيكون كالصبي الذي لا ولي له حيث يبيع او يشتري له الاجنبي فضولا في احد القولين لكنه خلاف مختاره في البيع لانه لا يشترط فيه هذا الشرط وانه ممن يقول ان الاجازة كاشفة فيكون نظره الى ان الاخذ لا يصح الا للشريك او وكيله الخاص او العام والاخذ هنا ليس احدها فيجري ذلك في الصبي والمجنون والغائب فيصير الحاصل انه لا فضولي في الشفعة ولعله لانها على خلاف الاصل فيقتصر فيها على محل الوفاق والذي يقتضيه النظر بعد ثبوتها ثبوته (قوله) =*﴿ وللمفلس الاخذ بالشفعة ﴾*= كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضة بل لم يحك فيه من العامة خلاف لان الغرماء قد يرضون بدفع الثمن كما ان المشتري قد يرضى بكونه في ذمته فلم يكن من لوازمه التصرف فيما تعلق حقهم به فينتفي المانع من الاخذ فيعمل بالعموم الشامل لذلك (قوله) =*﴿ وليس للغرماء الاخذ بها ولا اجباره عليه ولا منعه منه وان لم يكن له فيها حظ ﴾*= كما في التحرير وجامع المقاصد وكذا الروضة في الحكم الثاني (اما الاول) فلانه لا ملك لهم ولا ملك له قبل الاخذ ليثبت لهم استحقاقه (واما الثاني) فلانه لا يجب عليه الاكتساب لهم (واما الثالث) فلان ذلك حق له وليس من لوازمه التصرف في الاموال التي تعلقت حقوقهم بها ولا تعلق لهم بذلك وان لم يكن له في الاخذ حظ وغبطة (قوله) =*﴿ نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها ﴾*= كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضة لانهم قد تعلقت حقوقهم بامواله السابقة والمتجددة ولو بهبة واكتساب (قوله) =*﴿ فان رضي الغرماء بالدفع او المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء ﴾*= كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد ومعناه انه اذا اخذ فان رضي الغرماء بدفع الثمن اورضي المشتري بالصبر فقد استقر ملكه وتعلق حق الغرماء به (قوله) =*﴿ والا كان للمشتري الانتزاع ﴾*= اي وان انتفى رضا الغرماء ورضا المشتري كان للمشتري الانتزاع للضرر باخذ الملك منه قهرا من غير دفع ثمن (قوله) =*﴿ والعبد المأذون في التجارة الاخذ بالشفعة ﴾*= كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لانه من جملة اقسام التجارة وللسيد اسقاطها حينئذ كما في التحرير (قوله) =*﴿ ولا يصح عفوه ﴾*= كما في الاولين والاخير قال في التذكرة بخلاف الوكيل العام فانه اذا عفى مع الغبطة يصح عفوه والفرق كما في جامع المقاصد ان الاذن للعبد استخدام له وهو اضعف من التوكيل ولهذا ينعزل بالاباق فليتأمل جيدا لان الاقوى

ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها مع عدم الربح مطلقا ان اثبتناها مع الكثرة فان تركها فللمالك الاخذ وقيل تثبت مع الكثرة فقيل على عدد الروس وقيل على قدر السهام ﴿فروع﴾ على القول بالثبوت مع الكثرة (الاول) لو كان لاحد الثلثة النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فباع احدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء فاذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة (متن)

(قوله) ﴿ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها مع عدم الربح﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير لكنه لم يقيد بعدم الربح بل قيد بالغبطة ولا بد من التقييد بهما لانه نائب عن المالك في التصرف بكل مايشتمل على الغبطة فكان المقتضي موجودا والمانع منتف حينئذ لعدم تكثر الشركاء (قوله) ﴿ومطلقا ان اثبتناها مع الكثرة﴾ اراد بالاطلاق الاخذ مع الربح وعدمه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة واما على القول باشتراط وحدة الشريك فليس له ذلك مع الربح لانه يكون شريكا للمالك في الشقص فيتعدد الشركاء (قوله) ﴿فان تركها فللمالك الاخذ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه لايسقط حقه بترك العامل ولو كان ذلك مع المصلحة على الاشبه كأن كان قد عفى عنها كما هو قضية اطلاق الاولين وقد احتمله في الثالث بل كاد يكون صريح الثاني حيث اتى بلفظ عفى وان لم يقيده بالغبطة لان اطلاق عقد القراض لا يقتضي عموم التصرفات الا ان ينص له على ما يشمل ذلك فلم يكن كالوكيل وليلحظ الفرق بين اخذ المضارب وتركه (قوله) ﴿وقيل تثبت مع الكثرة﴾ قد تقدم الكلام فيه مسبغا مشبعا وقد استطرد الى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة وكأنه غير مناسب (قوله) ﴿فقيل على عدد الروس﴾ القائل به الصدوق في الفقيه فانه روى فيه رواية طلحة بن زيد التي فيها ان عليا امير المؤمنين (ع) قال ان الشفعة على قدر الرجال ورواية السكوني الناطقة بذلك (واحتجوا) له بان سبب الاستحقاق الشركة في الجملة ولو باقل جزء فيستوي فيه القليل والكثير وحاصله ان الشركة في البعض القليل سبب في استحقاق الكثير والاصل عدم التفاضل ولا مخرج عنه لان كل واحد منهم لو انفرد كان له اخذ الكل وان قل نصيبه فاذا اجتمعوا اشتركوا (وقد نقض) بالفارس والراجل في الغنيمة واصحاب الديون فان من انفرد منهم استحق الكل في الغنيمة والدين واذا اجتمعوا تفاضلوا (وفيه) ان الفرس كالفارس فلا تفاضل في الحقيقة والدين كالكسب الحاصل لارباب الديون فكانوا فيه على قدر روس اموالهم (قوله) ﴿وقيل على قدر السهام﴾ قاله ابو علي وقال انه يجوز قسمتها على عدد الروس حكى ذلك عنه في المختلف والدروس فيكون مختاره التخيير (واحتج) له في المختلف وغيره على الاول بان المقتضي للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته (واجيبوا) بانه ينتقض بنقصها اذا كانت قابلة للشدة والضعف فتأمل فقول الصدوق امتن كما قاله ابو العباس واوجه كما قاله الكركي (قوله) ﴿فروع على القول بالثبوت مع الكثرة﴾ قد جرت عادتهم ان يتوعوا على القول بثبوتها مع الكثرة وان لم يقولوا به وهي كثيرة لاتتناهى وقد فرع في المبسوط وغيره جملة من الفروع وذكر المصنف هنا ثمانية والمحقق عشرة والشهيد اثني عشر والغرض تشحيذ الذهن بالفروع الدقيقة مع انه قد ينتفع بها على القول باشتراط الوحدة على تقدير موت الشفيع قبل الاخذ وتوريثها (قوله) ﴿الاول لو كان لاحد الثلثة النصف وللاخر الثلث وللثالث السدس فباع احدهم فانظر مخرج السهام فخذ سهام الشفعاء فاذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة﴾ لم يذكر هذا الفرع في غير الكتاب والتذكرة ويعلم منه ومن ضابطه استخراج حق كل واحد من الشفعاء على رأي ابي علي في كل فرض تفرضه ويكون ممكنا فلا يصح ان يفرض لاحدهم النصف وللاخر الثلث وللثالث الربع (وتحقيق) هذا الضابط ان تنظر الى مخرج سهام جميع الشركاء ثم تأخذ منها سهام الشفعاء فاذا علمت

فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلث وللاخر سهم فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعا لصاحب النصف ثلثة ارباعه وللاخر ربعه ولو كان صاحب السدس فهي بين الاخرين اخماسا لصاحب النصف ثلثة وللآخر سهمان وعلى الاخر يقسم المشفوع نصفين (الثاني) لو ورث اخوان او اشتريا دفعة فمات احدهما عن ابنين فباع احدهما نصيبه فالشفعة بين اخيه وعمه (الثالث) لو باع احد الثلثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة (متن)

عدة سهامهم اي الشفعاء قسمت المشفوع عليها ويصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعاء على عدة سهامهم فسهام الشركاء في المثال المذكور ستة وذلك لانها مخرج السدس واما مخرج الثلث ومخرج النصف فداخلان ولو كان لاحدهم النصف وللثاني الربع وللثالث الربع ايضا فباع الثاني او الثالث كانت سهام الشركاء اثني عشر لانكسارها في مخرج الثلث فتضرب ثلثة في اربعة فلصاحب النصف ثلثا المبيع اثنان ولصاحب الربع ثلثه واحد فيصير لصاحب النصف ثمانية ولصاحب الربع اربعة (قوله) =* فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعا لصاحب النصف ثلاثة ارباعه وللآخر ربعه ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماسا لصاحب النصف ثلثة وللآخر سهمان *= الوجه في الجميع ظاهر لانه في الاول اذا باع صاحب النصف كانت سهام الشفعاء ثلثة لان صاحب الثلث له سهمان من ستة هي الثلث ولصاحب السدس سهم فاذا اخذ النصف بالشفعة صار العقار بينهما كذلك اي اثلاثا واذا باع صاحب الثلث كما في الفرض الثاني كانت سهام الشفعاء اربعة النصف وهو ثلثة من ستة والسدس فتكون الشفعة ارباعا ولا نصف لكل سهم من سهمي الثلث فتضرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر لصاحب النصف ثلثة ارباع الثلث وللاخر الربع فيكون العقار بينهم ارباعا واذا باع صاحب السدس كانت الشفعة بينهما اخماسا لصاحب النصف ثلاثة وللاخر سهمان لان سهامها خمسة ولا خمس للواحد فتضرب خمسة في ستة فيبلغ ثلاثين وسدس سهامها خمسة تقسم بينهما اخماسا فيكون العقار بينهم اخماسا (قوله) =* وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين *= اي على القول وهو قول الصدوق بان القسمة على عدد الرؤس (قوله) =* لو ورث اخوان او اشتريا دفعة فمات احدهما عن ابنين فباع احدهما نصيبه فالشفعة بين اخيه وعمه *= قد ذكر هذا الفرع وحكمه المذكور هنا في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك (وقد) نبهوا بذلك على خلاف الشافعي في القديم ومالك حيث ذهبا الى اختصاص الاخ بالشفعة استنادا الى ان ملكه اقرب الى ملك الاخ لانهما ملكا بسبب واحد وانه اذا ظهر على ابيهما دين بيع ملكهما لا ملك العم واذا كان اقرب ملكا كان احق بالشفعة كالشريك مع الجار (ورده) بان النظر الى ملك الشريك لا الى سببه لان الضرر المحوج الى اثبات الشفعة لا يختلف وقال في الشرائع وكذا لو كان وارث الميت جماعة ومعناه انه لا فرق بين الاثنين والجماعة ولعله من بيان الواضحات والذي دعاه الى ذلك انه قال لو كانت الدار بين اخوين فمات احدهما وورثه اثنان فباع احد الوارثين الخ او انه اراد ان ينبه على ما ذكره الشافعي من ان هذا الحكم لا يختص بالاخ والعم بل في كل صورة ملك شريكان عقارا بسبب واحد وغيرهما من الشركاء بسبب آخر فتدبر (وعلى) كل حال فقوله في المسالك في تفسير هذه العبارة وكذا الحكم لو ورث الميت جماعة اذ لا فرق على التقديرين بين الواحد والجماعة غير جيد (قوله) =* ولو باع احد الثلثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري *= كما هو خيرة الخلاف في موضع منه والدروس لان الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة لامتناع ان يستحق الانسان تملك ملكه بها (قوله) =* وقيل بالشركة *=

وحينئذ لو قال المشتري قد اسقطت شفعتي فخذ الكل او اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو اخذ بالشفعة ثم عفى احدهما عن حقه ولو عفى احد الشركاء كان للباقي اخذ الجميع او الترك سواء كان واحدا او اكثر (متن)

كما هو خيرة الخلاف في موضع آخر والمبسوط وفي الشرائع لعله اقرب وفي المختلف انه اوجه وفي جامع المقاصد انه اصح وفي المسالك فيه قوة وهو الظاهر من التذكرة واستقر كلام التحرير على التردد ونسبه اي التردد في الدروس الى الخلاف والموجود فيه اولا الجزم بالاول ثم انه بعد سبع مسائل قال ان الثاني اقوى واستدل عليه فيه بانهما تساويا في الشركة الموجودة حين الشراء فوجب ان لاينفرد احدهما بالشفعة لانه لادليل على ذلك وحاصله مافصله في جامع المقاصد من انهما مشتركان في العلة الموجبة لها ولايمتنع ان يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة لان علل الشرع واسبابه لما كانت معرونات لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد وان للشفعة اثرا آخر وهو منع الشريك الآخر تملك مقدار مشفوعه بالشفعة ولا مانع منه (قلت) المدار على الاخير وبه فسر الاستحقاق في التحرير والدروس (قالا) في بيان ذلك انه يمنع الغير من اخذ نصيبه لابمعنى انه ياخذ من نفسه وليس فيه الا مايقال ان استحقاق الملك ومنع الشريك من تملكه معلولا علة واحدة وهو استحقاق الشفعة فيمتنع تخلف احدهما عن الآخر وقد امتنع الاول من جهة استلزامه المحال فينبغي ان يمتنع الآخر وفيه ان مثله كثير في الشرع كما في القصر والافطار فانهما معلولان لقطع المسافة وقصدها وقد تخلف احدهما عن الاخر في عدة مواضع الى غير ذلك بل قد يخالف حكم احد المعلولين حكم الآخر وحكم علته كحز الرقبة عدوانا فانه علة للقتل الذي هو حرام ولرفع ظلم هذا المقتول عن العباد الذي هو حلال و كما يترتب على شرب الخمر ونحوه (واما قوله) لايمتنع ان يستحق الخ ففير جيد لان سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببه بالشراء فليسا معلولين لعلة واحدة حتى يقال ان علل الشرع لايمتنع اجتماعها لانه انما ملكه بالشراء اولا وبعد الشراء استحقه بالشفعة ثم انه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فاثرهما مختلف لان الشراء علة في نقل الملك واثر الاستحقاق بالشفعة قراره فاحدهما غير الآخر وجودا واثرا ويتفرع على القولين ان الثالث على الاول بالخيار بين ان يترك جميع المبيع او ياخذ الجميع وعلى الثاني هو بالخيار بين ان ياخذ نصف المبيع او يترك ﴿ قوله ﴾ =*﴿ وحينئذ لو قال المشتري قد اسقطت شفعتي فخذ الكل او اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو اخذا بالشفعة ثم عفى احدهما عن حقه ﴾*— كما صرح بذلك كله في التحرير والمسالك ومعناه انا اذا قلنا بالشركة وقال المشتري للثالث قد تركت انا حقي فخذ الكل او اترك الكل لم يلزمه الاجابة ولم يصح اسقاط المشتري الشفعة لان ملكه مستقر على النصف بالشراء فاشبه ما اذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فاخذ الحاضر الجميع ثم عاد الغائب فان له ان ياخذ نصفه وليس للحاضر ان يقول له انا تركت حقي فخذ الكل او اترك الكل ولا نظر الى تبعيض الصفقة فانه لزم من دخوله في هذا العقد ﴿ قوله ﴾ =*﴿ ولو عفى احد الشركاء كان للباقي اخذ الجميع او الترك سواء كان واحدا او اكثر ﴾*= كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير انه المشهور وان كثيرا منهم لم يذكر غيره (قلت) لم نجد من الكثير غير المحقق لان الشفعة لازالة الضرر وباخذ البعض يتأكد كذا في الشرائع وحاصله ان تبعيض الصفقة يوجب الضرر على المشتري في الشقص المشفوع والشفعة انما شرعت لازالة الضرر فلا يكون سببا فيه وعن ابي علي ان للباقي واحدا كان او اكثر الاقتصار على اخذ حقه لان العفو من الشريك يقتضي استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعا وليس للمشتري ان يلزم الاخر اخذ الجميع بل ليس له اي للآخر الا ان ياخذ قسطه وقد اختاره في التذكرة عند الكلام على ان الشفعة موروثة وعن (ابن شريح) انه يسقط حق الجميع واحتمل جماعة انه لايصح عفوه لان الشفعة لاتتبعض فيغلب جانب الثبوت ورماه في الدروس

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء او غيره لم يصح ولو باع شقصا من ثلثة دفعة فلشريكه ان يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد لانه بمنزلة عقود متعددة فاذا اخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض فان اخذ من السابق لم يكن للاحق المشاركة وان اخذ من اللاحق شاركه السابق ويحتمل عدم المشاركة لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها (متن)

بالبعد هذا اذا ثبتت الشفعة لمتعدد ابتداء اما لو ثبتت لواحد فمات عن ابنين فعفى احدهما دون اخيه فهل يسقط حق اخيه ايضا وجهان احدهما يسقط لانهما يقومان مقام ابيهما والاب لو عفى عن البعض سقطت كلها والثاني وهو الذي صححه في المبسوط انه له ان ياخذ الكل كما لو وجبت لهما بالبيع واما المورث فانه اذا عفى عن نصف حقه سقط كله وليس هنا كذلك لان احد الاخوين عفى عن كل حقه فلهذا لم يسقط حق اخيه ويأتي تمام الكلام في ذلك عند قوله الشفعة موروثة (قوله) =*﴿ ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء او غيره لم يصح ﴾*= كما في التحرير وجامع المقاصد لانه لايملك شيئا وانما ملك ان يملك (قوله) =*﴿ ولو باع شقصا من ثلثة دفعة فلشريكه ان ياخذ من الثلثة ومن اثنين ومن واحد لانه بمنزلة عقود متعددة ﴾*= كما صرح بذلك في المبسوط وغيره لان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ومتى تعددت العقود كان بالخيار في الاخذ بالشفعة في الجميع والبعض (قوله) =*﴿ فاذا اخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة ﴾*= كما صرح به في المبسوط وغيره قال في المبسوط فان اخذ من واحد وعفى عن الاخرين كان له ذلك فان قال الاخران قد عفوت عنا فصرنا لك شريكين فعليك ان تشاركنا في شفعة الثالث لم يلزمه ذلك لان الملك انتقل اليهم دفعة فلم يسبق ملك احدهم صاحبه (قوله) =*﴿ ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض فان اخذ من السابق لم يكن للاحق المشاركة وان اخذ من اللاحق شاركه السابق ﴾*= كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك فلا وجه لاقتصاره في الدروس على نسبة الاخير اعني مشاركة السابق اه ان اخذ من اللاحق الى الفاضل والمراد بالشفيع هنا شريك البائع ووجه استحقاقه الاخذ من الجميع ومن البعض تعدد الصفقة وكونه شريكا عند كل بيع (واما انه ليس للاحق مشاركته) ان اخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة فلانه لم يكن شريكا في وقت شراء الاول وذلك كما لو اخذ من الاول خاصة فان الثاني والثالث لايشاركانه وكما لو اخذ من الاول والثاني فان الثالث لايشاركه (واما مشاركة السابق له اذا اخذ من اللاحق وعفى عن السابق) فلكونه شريكا في وقت شراء الثاني وقد صار ملكه مستقرا بالعفو (قوله) =*﴿ ويحتمل عدم المشاركة لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها ﴾*= هذا الاحتمال من متفردات الكتاب بمعنى انه لم يسبق به ومعناه انه يحتمل ان السابق لايشارك الشفيع في الاخذ من اللاحق لان ملك السابق اعني المشتري الاول كان مستحقا للشفيع حال شراء الثاني اعني اللاحق فلا يكون سببا في استحقاقه الشفعة وهو ضعيف جدا ولعله لذلك لم يذكره غيره لان استحقاق اخذه بالشفعة لايخرجه عن كونه شريكا والمدار في الباب على الشركة لا على استقرار الملك كما لو كان ملك الشريك مشتملا على خيار لغيره فانه لايمنع من استحقاقه الشفعة على غيره قبل ان يفسخ ذو الخيار وقال في الايضاح هذا مبني على ان الشفعة هل تتبع الملك اللازم او مطلق الملك فعلى الثاني يشارك وعلى الاول فهل ترك الشفيع كاشف عن لزوم ملك المشتري المعفو عنه او سبب اللزوم فعلى الاول يستحق لا الثاني (قوله) =*﴿

ولو اخذ من الجميع لم يشاركه احد ويحتمل مشاركة الاول الشفيع في شفعة الثاني ومشاركة
الشفيع الاول والثاني في شفعة الثالث لانه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولهذا
يستحق لو عفي عنه فكذا اذا لم يعف لانه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع
قبل علمه فحينئذ للشفيع سدس الاول وثلاثة ارباع سدس الثاني وثلاثة اخماس الثالث
وللاول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فتصح من مائة وعشرين
للشفيع مائة وسبعة وللاول تسعة وللثاني اربعة (متن)

ولو اخذ من الجميع لم يشاركه احد ﴿ — كما هو صريح التحرير وقضية كلام الباقين سواء اخذ الجميع دفعة او على
الترتيب حيث لا ينافي الفورية او لم نعتبرها لكن قبل ان يأخذ معه احد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتبارا
بشركته لخروجهم عن كونهم شركاء قبل اخذهم بالشفعة لانه قد زال ملكهم فتزول شفعتهم (قوله) = ﴿
ويحتمل مشاركة الاول الشفيع في شفعة الثاني ومشاركة الشفيع الاول والثاني في شفعة الثالث لانه كان ملكا
صحيحا حال شراء الثالث ولهذا يستحق لو عفي عنه فكذا اذا لم يعف لانه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو
كما لو باع الشفيع قبل علمه ﴿ = وقد احتمل ذلك في التحرير ومثله بهذا النظير وهذا متجه على القول
بان زوال ملك الشفيع لا يبطل حقه من الشفعة كما يقوله الشيخ ولم يرجح المصنف في الكتاب والتحرير
احد القولين كما يأتي فالاحتمال مبني على هذا القول ومن ثم مثله بما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعة
وحاصل هذا الاحتمال انه على تقدير الاخذ من الجميع يشارك الاول الشفيع في شفعة الثاني ويشاركه
الاول والثاني في شفعة الثالث وان زال ملكهما قبل اخذهما لانه كان ملكا صحيحا للاول حال شراء
الثاني ولهما حال شراء الثالث فيستحق به وان زال ولهذا يستحق به لو عفي عنه فكذا اذا لم يعف لانه
حين العفو استحق الشفعة بالملك لا بالعفو وضعفه في جامع المقاصد بان الاستحقاق وان كان بالملك الا ان
العفو عنه وعدم اخذ الشقص من يده بالشفعة قرره واكد سببه وعدم العفو عنه والاخذ منه ازال سببه فلا
يستويان انتهى ومرجعه الى ان بقاء الملك شرط في تمام السببية في الشفعة وهو احد القولين في المسئلة
وقد عرفت ان القائل بالاحتمال لم يبنه على هذا القول وانما بناه على القول الاخر ولذلك مثله بما عرفت فينبغي
في الجواب والتضعيف رد ما بني عليه لا الرد عليه بالقول الاخر الا ان يكون اراد بذلك التنبيه على ذلك اعني
رد ما بني عليه ولذلك لم يتعرض للمثال لانه علم فساده من ذلك وما زاد في تضعيف هذا القول عند تعرض
المصنف له على ما ذكره هنا في تضعيف هذا الاحتمال من انه اخذ بلا سبب (قوله) = ﴿ فحينئذ
للشفيع سدس الاول وثلاثة ارباع سدس الثاني وثلاثة اخماس الثالث وللاول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني
خمس الثالث فتصح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة وللاول تسعة وللثاني اربعة ﴿ = اي حين اذ قلنا
بمشاركة الاول والثاني للشفيع وان اخذ منهم فللشفيع سدس الاول اي يأخذ سهمه الذي هو سدس
الاصل الذي هو ثلث النصف من دون مشارك وثلاثة ارباع سدس الثاني لان الاول شريكه فيه ولما
كان سهم الشفيع النصف وسهم الثاني السدس كانت سهامهما اربعة فاذا قسط على السهام كان قسط الشفيع
ثلاثة ارباع وللشفيع ايضا ثلاثة اخماس سهم الثالث لان له فيه شريكين الاول والثاني ولكل منهما
سدس فاذا جمعا الى ماله وهو النصف كانت السهام خمسة فيصيبه بالتوزيع ثلاثة اخماس وتفصيل المقام
انه لو كان للشفيع نصف العقار ولشريكه الاخر نصفه فباع احدها نصيبه من ثلاثة لكل واحد منهم
سدسا وقلنا بان الشفعة تنقسم على حسب السهام فللشفيع تمام نصيب الاول وهو السدس وثلاثة ارباع نصيب
الثاني وللاول ربع نصيب الثاني لان للشفيع نصف الاصل وهو ثلاثة اسداس والاول يشاركه في نصيب

وعلى الآخر للاول نصف سدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللاول خمسة وللثاني اثنان ولو باع احد الاربعة وعفى الآخر فللآخرين اخذ المبيع ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع (متن)

الثاني وليس بيد الاول الا السدس فكانت سهامها اربعة للاول منها ثلاثة وللثاني واحد فاذا وزع نصيب الثاني على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة ارباع وقسط الاول ربعا وكذا الشفيع ثلاثة اخماس من سهم الثالث لان الاول والثاني يشاركانه فيه ولكل واحد منهما سهم واحد وللشفيع ثلاثة اسهم فيقسم سهم الثالث اخماسا فيكون للشفيع ثلاثة اخماسه فقد علم الحاصل للشفيع من الاول والثاني والثالث واما الحاصل للاول فهو ربع سهم الثاني وخمس سهم الثالث والحاصل للثاني خمس سهم الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين لان اصل الفريضة ستة ونريد ان نقسم السدس تارة ارباعا وتارة اخماسا فانكسر في المخرجين المتباينين فنضرب احدهما في الآخر فالحاصل عشرون ثم نضرب العشرين في اصل الفريضة فالحاصل مائة وعشرون للشفيع نصفها ستون بالشركة وعشرون هي سدس الاول بتمامه وخمسة عشر هي ثلاثة ارباع سدس الثاني واثنى عشر هي ثلاثة اخماس سدس الثالث وذلك مائة وسبعة والاول خمسة من سدس الثاني هي ربعه واربعة من سدس الثالث هي خمسه وللثاني اربعة من الثالث وذلك تمام الفريضة هذا وحيث نقول بمشاركة الاول والثاني او احدهما للشفيع في فرض من الفروض هنا فعلى القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وجه المشاركة واضح وان قلنا بعدم مشاركتهما له كما لو اخذ من الجميع او من الاول خاصة او من الثاني فهل يصح الاخذ على القول باشتراط اتحاد الشريك اقوال (احدها) انه يصح الاخذ وان قلنا باشتراط ذلك لان الشريك المستحق للشفعة واحد (الثاني) انه يختص ذلك بما اذا اخذ من الجميع (والثالث) انه لا يصح الاخذ مطلقا كما تقدم التنبيه على ذلك عند الكلام في اشتراط الشرط المذكور ويأتي بلطف الله تعالى تمام الكلام في اواخر الفروع (قوله) وعلى الآخر للاول نصف سدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللاول خمسة وللثاني اثنان يريد انه على القول الآخر وهو ان الشفعة مع الكثرة على عدد الرؤوس يكون للشفيع تسعة وعشرون ثمانية عشر بالشركة وبالشفعة ستة هي سدس الاول جميعه وثلاثة هي نصف سدس الثاني واثنان وهما ثلث سدس الثالث وللاول خمسة ثلاثة منها نصف سدس الثاني واثنان ثلث سدس الثالث وللثاني اثنان هما ثلث سدس الثالث فتصح المسئلة من ستة وثلاثين لان الاصل ستة ونريد ان نقسم السدس تارة في مخرج النصف واخرى في مخرج الثلث وهما متباينان فنضرب احدهما في الآخر فالمرتفع ستة ثم نضربها في اصل الفريضة وهي ستة فالمرتفع ستة وثلاثون وقسمتها على ما قد عرفت (قوله) ولو باع احد الاربعة وعفى الآخر فللآخرين اخذ المبيع اي جميعه او تركه جميعه لانحصار الحق فيهما ولو اقتصر في الاخذ على حقيهما لم يكن لهما كما تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى ولعله اعاده ليترتب عليه ما بعده (قوله) ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع لو كان الشفعاء اربعة وباع ثلاثة منهم في عقود ثلثة يعني انهم لم يبيعوا دفعة ولم يعلم بعض الثلاثة ببيع بعضهم وكذلك الرابع لم يعلم ايضا بالحال او علم لكنه لم يمكنه الاخذ على الفور في الحال لبعد الدار او غيره من الاعذار فحكم الرابع ان له الشفعة في الجميع ويأتي بيان الحال في احكام شركائه الثلثة وظاهر العبارة ان عدم علم الرابع شرط وليس كذلك لانه لم يبع نعم يشترط ان لا يكون له مسقط آخر من مخالفة الفورية ونحوها (واما الثلثة) فعدم علم بعضهم ببعض شرط في استحقاقهم الآتي لان من باع

وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الاول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان وفي استحقاق مشتري الربع الاول فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة اوجه الاستحقاق لانهما مالكان حال البيع وعدمه لتزلزل الملك وثبوته للمعفو عنه فان اوجبناه للجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فيكمل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس لكل منهما نصفه لانه شريك في شفعة بيع واحد فتصح من اثني عشر (متن)

ملكه بعد علمه باستحقاقه الشفعة بطلت شفعته (قوله) —*﴿ وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الاول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان ﴾*= الاستحقاق لان الثاني والثالث كانا شريكين في وقت بيع الاول وكذا الثالث في وقت بيع الثاني وعدمه لزوال شركتهم الآن وهما الوجهان فيمن باع حقه من الشركة وقد استحق الشفعة وهو لا يعلم كما ياتي انشاء الله تعالى واما الاول فلا حق له لانه قد باع ملكه قبل الجميع (قوله) =*﴿ وفي استحقاق مشتري الربع الاول فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة اوجه ﴾*= يريد ان من اشترى اولا من احد الثلاثة هل يستحق الشفعة فيما باعه الثاني والثالث من الثلاثة وهل من اشترى من الثاني ثانيا هل يستحق الشفعة فيما باعه الثالث اوجه ثلاثة (قوله) —*﴿ الاستحقاق لانهما مالكان حال البيع وعدمه لتزلزل الملك وثبوته للمعفو عنه وجه الاول ماقاله المصنف من انهما مالكان حال البيع والاستحقاق يثبت بمجرد الملك وان زال ووجه الثاني ان تزلزل الملك مانع لكونه في معرض الزوال لان اخذه مستحق بالشفعة ووجه الثالث ان الشركة حال البيع ثابتة وملكه مستقر فيستحق بها الشفعة ولا يضر تزلزل الملك وفي جامع المقاصد ان فيه قوة وفي الايضاح ان جعلنا العفو كاشفا استحق وان جعلناه شرطا لم يستحق لاستحالة تأخر الشرط عن المشروط (قوله)=*﴿ فان اوجبناه للجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فيكمل له النصف ﴾*= اي ان اوجبنا الاستحقاق الجميع والمراد بالجميع هنا اربعة وان كانوا ستة لان المفروض ان البائعين ثلاثة والمشترين ثلاثة خرج البائع الاول والمشتري الثالث لانهما لا يتصور لهما شفعة هنا لخروج الاول عن الشركة قبل حدوث بيع من البيوع وتاخر تملك الثاني عن البيوع كلها فبقي البائع الثاني والثالث والمشتري الاول والثاني فهم مراده بالجميع فلشريك الثلاثة وهو الرابع الذي لم يبع ثلث كل ربع باعه الثلاثة لان له في كل بيع شريكين ففي بيع الاول الذي ليس له شفعة شريكه البائع الثاني والثالث وفي بيع الثاني شريكه اثنان الاول المشتري الاول الذي اشترى من البائع الاول والشريك الثاني المشتري الثالث وفي بيع الثالث شريكه المشتري الاول والمشتري الثاني فقد اخذ الربع الذي هو الشفيع الاصلي من كل ربع ثلثا وهو ربع تام فاذا ضم هذا الربع الى ملكه الاصلي وهو الربع كمل له النصف (قوله)=*﴿ وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين ﴾*= لان البائع الثالث شريك حين البيع الاول والثاني فيكون له شفعة فيهما والمشتري الاول شريك حين البيع الثاني والثالث فنصيب كل منهما ثلث من الربعين وثلث الربع نصف سدس الاصل فثلثاه سدس فيكون لهما ثلث الاصل (قوله) —*﴿ وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس لكل منهما نصفه لانه شريك في شفعة بيع واحد ﴾*— لان البائع الثاني انما كان شريكا في وقت بيع الاول خاصة والمشتري الثاني انما كان شريكا في وقت بيع الثالث فنصيب كل واحد منهما ثلث ربع وهو نصف سدس فيكون لهما سدس الاصل (قوله) =*﴿ فتصح من اثني عشر ﴾*— لان اقل عدد يخرج منه نصف السدس صحيحا اثني عشر للرابع الذي لم يبع ستة

فتصح من اثني عشر لو كان الشفعاء الاربعة غيبا فحضر احدهم اخذ الجميع وسلم كل الثمن او ترك فان حضر الثاني اخذ من الاول النصف او ترك فان حضر الثالث اخذ الثلث او ترك فان حضر الرابع اخذ الربع او ترك ولو قيل ان الاول يأخذ الجميع او يترك اما الثاني فله اخذ حقه خاصة لان المفسدة وهي تبعيض الصفقة منتفية او اخذ النصف ولو حضر الثاني بعد اخذ الاول فاخذ النصف وقاسم ثم حضر الاخر فتاسم وطالب فسخت القسمة ولو رده الاول بعيب فللثاني اخذ الجميع لان الرد كالعفو (متن)

(قوله) =*﴿ لو كان الشفعاء الاربعة غيبا فحضر احدهم اخذ الجميع وسلم كل الثمن او ترك فان حضر الثاني اخذ من الاول النصف او ترك فان حضر الثالث اخذ الثلث او ترك فان حضر الرابع اخذ الربع او ترك ﴾*- كما صرح بذلك كله في الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وقضية كلام الاولين كما هو صريح الاخر انه ليس لاحدهم الاقتصار على مقدار حصته لان الشفعة انما تثبت لسوء المشاركة ومؤنة القسمة وازالة الضرر فاذا اراد ان يأخذ من المشتري بعض الشقص لم يزل الضرر الذي لاجله ثبتت الشفعة كذا قال في التذكرة ونحوه ما في الشرائع في توجيه اخذ الاول الكل حيث قال لانه لا شفيع الآن غيره ونحوه ما في الايضاح في توجيه اخذ الاول والثاني قال لانه لم يوجد الآن غيره وجاز عفو الباقين ويبقى هو المستحق لجميع نصف الشقص وليس له اخذ بعض حقه ولان المطالبة وجدت منهما اي الاول والثاني دون الثالث انتهى وهذا بظاهره وما في التذكرة انما يتم بالنسبة الى الاول اما من بعده فاقتصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري لان الشقص قد اخذ منه تاما على التقديرين ثم ان في عبارة الشرائع مؤاخذة اخرى وفي عبارة الايضاح ايضا حزازة ووجهه اي الحكم المذكور في جامع المقاصد بان كل واحد منهم عند المطالبة هو الشفيع مع من اخذ من شركائه لعدم العلم باخذ الغائب فليس له ان يأخذ بعض استحقاقه لان الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق ولا دليل على جواز اخذه بعض حصته وهو جيد جدا ولعله هو الذي عناه في الايضاح والا كان توجيهه كالمصادرة بل قد يكون هو المراد من توجيه الشرائع والتذكرة الا انه عند امعان النظر لا يخلو عن تأمل لانه يقضي بأن ازالة الضرر حكمة لا علة وليس كذلك فاما ان لا شفعة اصلا او تثبت بدون اخذ الجميع فتأمل ويشهد على ذلك احتمالهم الاحتمال الآتي اذ على ما في جامع المقاصد لا يكون وجها فليتأمل جيدا ثم ان قضية كلامهم جميعا ان القادم لا يكلف الصبر الى حضور الغائب ولعله لان به اضرارا بالمشتري بل به ايضا (قوله) -*﴿ ولو قيل ان الاول يأخذ الجميع او يترك اما الثاني فله اخذ حقه خاصة لان المفسدة وهي تبعيض الصفقة منتفية ﴾*- هذا قد احتمله في الدروس والمسالك لما ذكره المصنف وسكت عنه في الايضاح فيتخير حينئذ بين ان يأخذ النصف كما اشار اليه المصنف بقوله او اخذ النصف او يأخذ حقه خاصة فاذا قدم الثالث كان بالخيار كذلك (وقال) في جامع المقاصد لقائل ان يقول ان تبعيض الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بان الغائبين يأخذون ام لا ولزوم تجزئة الثمن على تقدير اخذهم لا شبهة في انه محذور ومانع فكانت الشفعة منحصرة فيمن حضر وطالب وكما ان ثبوتها قهري فكذلك تقسيطها اما على عدد الرؤوس او السهام قهري فلا خيار للحاضر انتهى (وقد) عرفت ان لا تبعيض وتجزئة الثمن لازمة على تقدير اخذ الباقين او بعضهم على كل حال على ان مثله آت في حق الشفيع لعدم العلم باخذ الغائب فتأمل (قوله) -*﴿ ولو اخذ النصف ﴾*= هو بالرفع معطوف على اخذ حقه وما بينهما معترض (قوله) =*﴿ ولو حضر الثاني بعد اخذ الاول فاخذ النصف وقاسم ثم حضر الاخر تقاسم وطالب فسخت القسمة ﴾*- لان حقه شائع في المأخوذ لكل منهما (قوله) =*﴿ ولو رده الاول بعيب فللثاني اخذ الجميع لان الرد كالعفو ﴾*- لان الرد ابطل الاخذ من اصله فكان كما

ويحتمل سقوط حقه من المردود لان الاول لم يعف بل رد بالعيب فكان كما لو رجع ببيع او هبة ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة ولو قال الحاضر لا اخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على اشكال واذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع اليه النصف فان خرج المبيع مستحقا فدرك الثاني على المشترى دون الشفيع الاول لانه كالنائب (متن)

عفى عن حقه وهو خيرة الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ولم يذكر في الاولين الاحتمال الاتي (قوله) =*﴿ويحتمل سقوط حقه من المردود لان الاول لم يعف بل رد بالعيب فكان كما لو رجع ببيع او هبة ﴾*= هذا مذهب محمد بن الحسن الشيباني قال انه لاياخذ الا حصته لان الاول لم يعف وانما رده بالعيب ورده به احدث للمشتري ملكا جديدا بعد ان خرج عنه فلم يتوفر نصيبه على الآخر وكان كما لو رجع الى المشتري نصيب احدهما ببيع او هبة وفي جامع المقاصد انه لاشبهة في ضعفه لان الاول وان لم يعف الا ان الرد بالعيب اقتضى سقوط حقه من الشفعة فجرى مجرى العفو وايضا فالرد بالعيب فسخ للاخذ قطعا لا انشاء سبب جديد للملك فكيف يساوي العود الى المشتري بالبيع او الهبة واقتصر في التذكرة والمسالك على الاخير ولعله لان الاول غير حاسم الشبهة (قوله) =*﴿ ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة ﴾*= كما جزم به في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ووجهوا عدم مشاركته في الغلة بان ملكه لم يتحقق الا باخذه وقبله كان الملك منحصر في الاول فكان النماء له وبان السابق ليس اخذه بالنيابة عمن بعده اذ لا وكالة له منه ويأتي لهم فيما اذا خرج الشقص مستحقا في توجيه ان دركه على المشتري دون الشفيع ان السابق كالنائب عن اللاحق في الاخذ وقضية ذلك انه يشارك وهو احد وجهي الشافعية ومما ذكر يعلم الحال في الثالث بالنسبة الى الاولين ومعنى استغلها او اخذ غلتها وفي معناه ما اذا ظهرت الثمرة وصارت تابعة للاصل شرعا وان لم تنفصل (قوله)=*﴿ولو قال الحاضر لا اخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على اشكال ﴾*= ينشأ من ان له غرضا في الترك وهو ان لاياخذ ما يؤخذ منه وما يحتاج الى ثمن كثير ربما لايقدر عليه في تلك الحال ثم انه قد لايتمكن من العارة على مايريد وربما انتزع منه فتذهب متعبته ضياعا فلا تسقط شفعته وهو الذي قواه في المبسوط والمسالك وقربه في التذكرة وفي الدروس ان فيه قوة فما في المسالك من نسبته الى الدروس على البت غير جيد ومن انه متمكن من الاخذ فكان مقصرا ونشك في كون مثل ذلك عذرا فان ضرره لايدفع بضرر المشتري والشفعة مبنية على القهر فينبغي ان يقتصر فيها على موضع اليقين فلا شفعة له وهو الاشبه باصول المذهب في الباب وغيره وكأنه قال به او مال اليه في جامع المقاصد ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والايضاح (قوله) =*﴿ واذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع اليه النصف فان خرج المبيع مستحقا فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الاول لانه كالنائب ﴾*= قال في المسالك هذا هو المشهور ونسبه في التذكرة الى اكثر الشافعية والمصرح به المحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والمحقق الثاني ولا ترجيح في التذكرة وستسمع مختاره فيها ولا تعرض له في الدروس ومعناه انه اذا خرج الشقص مستحقا بعد اخذ الشفعاء مترتبين وقد دفع الشفيع الثاني الثمن للاول وقد اخذ صاحب المال منه اجرة الدار مثلا وارش ما انهدم منها فدرك ذلك كله على المشتري لا على الشفيع الاول لاستحقاق الجميع الشفعة عليه فاخذ البعض قبل البعض لايغير الحكم فكان الآخذ اولا كالنائب عن المتأخر لاستواء الجميع في الاستحقاق وانت خبير بمنع كونه كالنائب كما تقدم لهم آنفا لان اخذ الثاني مفتقر الى اخذ جديد غير اخذ الاول وصيغة خاصة كالاول ثم انه كيف يرجع على المشتري بالثمن ولم يستلم من غير الاول شيئا قال في التذكرة قال بعض الشافعية هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من اجرة

لو كان الشفعاء ثلاثة فاخذ الحاضر الجميع ثم قدم احد الغائبين وسوغنا له اخذ حقه خاصة اخذ الثلث فان حضر الثالث فله ان ياخذ من الثاني ثلث مافي يده فيضيفه الى مافي يد الاول ويقتسماه نصفين فتصح من ثمانية عشر لان الثالث اخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في التسعة للثاني اربعة ولكل من الباقين سبعة لان الثاني ترك سدسا كان له اخذه وحقه منه ثلثا وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة والاول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك احدهما شيئا من حقه فيجمع مامعهما ويقسم بينهما (متن)

ونقص قيمة الشقص واما الثمن فكل يسترد ماسلمه ممن سلمه اليه بلا خلاف قال في التذكرة وهو المعتمد واستجوده المحقق الثاني واستحسنه الشهيد الثاني (قوله) ﴿لو كان الشفعاء ثلاثة فاخذ الحاضر الجميع ثم قدم احد الغائبين وسوغنا له اخذ حقه خاصة اخذ الثلث فان حضر الثالث فله ان ياخذ من الثاني ثلث مافي يده فيضيفه الى مافي يد الاول ويقتسماه نصفين﴾ كما في التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهذا على تقدير ان الثاني ان يقتصر على مقدار حقه وقد سبق الجماعة انه لا يسوغ له ذلك وتفصيل المقام انه اذا قدم الثاني كان على هذا مخيرا بين ان ياخذ النصف او الثلث فاذا قدم الثالث ووجدهما متساويين في الاخذ اخذ الثلث منهما على السوية وان وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخير بين ان ياخذ من الاول نصف مافي يده وهو تمام حقه ولا يتعرض للثاني وبين ان ياخذ من الثاني ثلث ما في يده لانه يقول ما من جزء الا ولي فيه ثلثه ان كان الثاني ترك للاول حقه ولم يشاطر الاول فلا يلزمني ان اترك حقي ثم له ان يقول للاول ضم ما معك الى ما اخذته من الثاني لنقسمه نصفين لانا متساويان في الحق وقد احتمل فيما عدى الاولين ان لا ياخذ الثالث من الثاني شيئا بل ياخذ نصف ما في يد الاول فيقسم المشفوع اثلاثا بناء على ان فعل الثاني لا يعد عفوا عن السدس بل اقتصارا على حقه والا لاتجه بطلان حقه لان العفو عن البعض عفو عن الكل على قول وانما هو كمال حقه وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية انه يسقط حقه لكونه قد عفى عن بعضه (قوله) ﴿فتصح من ثمانية عشر لان الثالث اخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في التسعة للثاني اربعة ولكل من الباقين سبعة لان الثاني ترك سدسا كان له اخذه وحقه منه ثلثا وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة والاول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك احدهما شيئا من حقه فيجمع مامعهما ويقسم بينهما﴾ لانا نطلب اقل عدد له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستة في يد الاول فيأخذ الثالث من الثاني واحدا ويضمه الى الستة التي في يد الاول فتصير سبعة لا تنقسم نصفين فنضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر للثاني منها اربعة ولكل من الاول والثالث سبعة وان شئت قلت ان الثاني اخذ الثلث فيكون الشقص المبيع المشفوع ثلثة والثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث ومخرجه مضروب احد الكسرين في الآخر اعني مضروب ثلاثة في ثلاثة وذلك تسعة الى آخر ما تقدم وانما قلنا ان للثاني اربعة ولكل من الآخرين سبعة لان الثاني كان يستحق اخذ النصف وهو تسعة فترك سدسا وهو ثلثه حقه منه ثلثاه وهو سهمان واخذ حقه منها اربعة فيتوفر ثلثا السدس المتروك اعني التسع على شريكه ولم يترك احدهما شيئاً من حقه فيجمع مامعهما ويقسم بينهما وقول المصنف يتوفر على شريكه لا يراد به الاول بل الجنس لانه قال الاول والثالث متساوون في الاستحقاق وليعلم ان صحة المسئلة من ثمانية عشر انما هو بالنسبة الى الربع وهو الجزء المشفوع لا بالنسبة الى المجموع واما بالنسبة الى مجموع الدار فتصح من اثنين

لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع اخذ نصيب احدهما دون الاخر وان تبعضت الصفقة ولا خيار له ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع اخذ نصيب احدهما بعد القبض وقبله ولو وكل احد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث اخذ الشفعة منهما ومن احدهما ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله اخذ الأول والثاني واحدهما فان اخذ الاول لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني احتمل مشاركة الاول (متن)

وسبعين (قوله) =* لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع اخذ نصيب احدهما دون الآخر وان تبعضت الصفقة ولا خيار له *= يريد انه لو كانت الدار بين ثلاثة فباع اثنان من رجل دفعة واحدة فقال الشريك الثالث الشفيع انا اخذ ما باعه فلان واترك ما باعه فلان كان له لان العقد اذا كان في احد طرفيه عاقدان كان بمنزلة العقدين ففي الحقيقة لاتبعيض في الصفقة على المشتري وبه صرح الشيخ والجماعة من دون تأمل والمخالف ابوحنيفة حكاه في التذكرة وكأنه استند الى ان المشتري ملك الكل بصفقة واحدة وهو محتمل ولكن لم يذكره الاصحاب هنا وقد ذكروا في البيع ما يناسبه فينبغي تأمله ومما ذكر يعلم انه لاخيار له لان الاخذ باحد العقدين ليس منافيا لما وقع عليه العقد الاخر اذ لا تبعيض بحسب الواقع ومثله مالو باع اثنان من ثلاثة صفقة او اثنان من اثنين ولا شركة لبعض المشترين في هذه المسائل لعدم تقدم ملك احدهما على الاخر (قوله) =* ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع اخذ نصيب احدهما بعد القبض وقبله *= ظاهر العبارة معما يأتي ان الشراء كان في صفقة واحدة كما هو صريح المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس ولا فرق بين كون ذلك قبل المبيع او بعده ونبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث قال يجوز بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبله يكون تبعيضا للصفقة على البائع بناء على اصله من ان الشفيع ياخذ من البائع وقال في جامع المقاصد ان شيخنا الشهيد قال انه يمكن عدم الحاق هذه بالكثرة لان الاستحقاق غير مسبوق بالكثرة فلا تكون مانعة وتحمل الكثرة المانعة على الكثرة السابقة على العقد قال ويشكل بظاهر قوله (ع) فاذا صاروا ثلثة فليس لواحد منهم شفعة (قلت) هذا الظاهر يحمل على ما اذا صاروا ثلاثة قبل العقد لانه هو المتبادر من الاخبار الاخر كما تقدم لكن خرطهم له في سلك فروع الكثرة يقضي بعدم الفرق في منعها بين ان تكون لاحقة او سابقة والذي يدل على ان الشراء هنا كان دفعة انه لم يحتمل فيه ان يكون للاول شفعة على انه لو اريد به الترتيب لاتحد مع الفرع الاخير وهو قوله لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لاخر لان الشراء فيه اي الفرع الاخير مترتب لمكان العطف بثم ولانه احتمل فيه ان يكون للاول شفعة وهذا الاحتمال لايجيء الا على الترتيب (قوله) =* ولو وكل احد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث اخذ الشفعة منهما ومن احدهما *= يعني اخذ نصيبهما او نصيب احدهما ففي العبارة تسامح لان الاخذ انما هو من المشتري والوجه في ذلك ان الصفقة مبعضة في الواقع فلا مانع من ان ياخذ الثالث مجموع النصيبين او احدهما خلافا لبعض الشافعية لان العاقد واحد وليس للوكيل ولا للموكل شفعة على الاخر لانهما بائعان فخرجا عن الشركة (قوله) =* ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لاخر ثم علم الشفيع فله اخذ الاول والثاني واحدهما فان اخذ الاول لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني احتمل مشاركة الاول *= لانه وقت شراء الاول لم يكن للثاني ملك فلا تتصور شفعته واما احتمال مشاركة الاول فلكونه شريكا في وقت بيع الثاني سواء اخذ منه ام لم ياخذ فان احتمال المشاركة قائم على التقديرين كما تقدم بيانه لكن ظاهر العبارة هنا قد يؤذن بخلافه والفرق بين هذا الفرع والفرع السابق في قوله ولو اشترى اثنان نصيب احدهما الخ ان الشراء في الاول كان دفعة كما عرفت آنفا وقد قال في التحرير

وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع اخذ الجميع وتركه ﴿ الفصل الثالث في كيفية الاخذ ﴾ يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأي وهو قد يكون فعلا بان ياخذه الشفيع ويدفع الثمن اويرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ (متن)

بعد ان ذكر ما ذكر من الفروع المترتبة على الكثرة هذه الفروع انما تتأتى على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة ثم قال بعد ذلك بلا فاصلة السابع لو باع الشريك الواحد نصف حصته لواحد ثم باع الباقي عليه او على غيره ثم علم الشفيع كان له اخذ الجميع والاول خاصة والثاني خاصة وكذا لو باعه من اكثر من اثنين انتهى وهو يقتضي بان المراد بالكثرة الشفعة الكثرة السابقة (قوله) ﴿ وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة الشفيع اخذ الجميع وتركه ﴾ يريد انه اذا كان هناك شريكان لاغير فباع احد الشريكين نصف حصته لزيد ثم باع بعد ذلك النصف الاخر لعمرو ولم يعلم شريكه باحد البيعين فان له الشفعة في الجميع على القول باشتراط الاتحاد لان منعه منها مع كونه شريكا متحدا يقضي بتخلف الاثر عن المؤثر ولو كان مثل ذلك مسقطا للشفعة لما اغفلوه وليس هو مما يندر كما تقدم بيانه نعم ان اختار اخذ البعض سقطت شفعته لان الشارع اثبت له الشفعة فرارا من ضرر الشركة فاذا اخذ البعض خاصة يكون قد رضي بها فتسقط شفعته كما هو واضح ولا يفرق في ذلك بين ان يكون اخذ من الاول فقط او من الثاني كذلك فجميع ما ذكره في جامع المقاصد في شرح العبارة سهو واضح قال في توجيه العبارة لانه اذا اخذ الجميع لم تتكثر الشفعاء فلم يتحقق المنافي بخلاف ما اذا اخذ البعض قلت هذا التعليل غير صحيح بل الوجه في ذلك ما عرفت قال وفيه نظر من وجوه الاول انه انما يجيء هذا المحذور لو اخذ من الثاني اما اذا اخذ من الاول فقط فعلى قوله لايتكثر الشفعاء حينئذ اذ لايشاركه الثاني فيما اخذه قطعا قلت هذا سهو قطعا اذ ليس المدار الا على الرضا بالشركة فلا يفرق بين الاخذ من الاول والثاني قال الثاني من وجهي النظر انه لو اخذ الجميع فللاول الشفعة في نصيب الثاني على ماسبق من الاحتمال لان الاول كان شريكا ومستحقا في وقت البيع للثاني فلا يزول استحقاقه باخذ ملكه فلا يتم ماذكره وايضا فانه في وقت البيع الثاني كان المشتري الاول مالكا قطعا فان استحق الشفعة بملكه ثبتت مع تعدد الشركاء اوالشفعاء وان لم يستحق مع كونه شريكا تخلف الاثر نعم على القول بان كون ملكه مشفوعا ينافي استحقاقه لااشكال (قلت) لايستحقها لاقدامه على الكثرة ورضاه بالشركة لانه علم ان البائع شريكا وان البائع ايضا شريكه مضافا الى ان ملكه مشفوع قال ثم ان في ثبوت الشفعة ههنا على القول بالمنع مع الكثرة وان لم نقل بالاحتمال واخذ الجميع نظر لان قوله (ع) فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة يقتضي ظاهره نفي الاستحقاق هنا قلت قد عرفت الحال في الخبر آنفا وفيما سلف

﴿ الفصل الثالث في كيفية الاخذ ﴾

(قوله) ﴿ يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأي ﴾ قد تقدم الكلام فيه في اواخر الفصل الاول (قوله) ﴿ وهو قد يكون فعلا بان ياخذه الشفيع ويدفع الثمن او يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان وقد حكى في مجمع البرهان انه نسبه في التذكرة الى علمائنا ولم نجد ذلك في التذكرة بل لم نجد احدا منهم تعرض لذلك قبل المصنف وقال في التحرير يملك الشفيع الشقص باخذه وبكل لفظ يدل على اخذه ولم يتعرض فيه لدفع الثمن فيهما وقضيته انه يملكه بمجرد الاخذ ولا يحتاج في تملكه الى دفع الثمن كما ان قضية كلام الدروس انه لايملكه الا باللفظ ولا يكفي الاخذ الفعلي ودفع الثمن وهو الظاهر من المسالك وكذا الكفاية قال في الدروس ولا يملك الشفيع بالمطالبة ولا بدفع الثمن مجردا عن قول انتهى فتأمل والواجب الرجوع الى الاخبار والقواعد والظاهر من اطلاقات

ولفظا كقوله اخذته او تملكته وما اشبه ذلك من الالفاظ الدالة على الاخذ مع دفع الثمن او الرضا بالصبر (متن)

اخبار الباب الاخذ باللفظ كقوله (ع) وصي اليتيم بمنزلة ابيه ياخذ له بالشفعة وفي خبر علي بن مهزيار ومرسل ابن محبوب ما يؤذن بان الاخذ باللفظ وانه يملك به حيث قيل في السؤال في الاول عن رجل طلب شفعة ارض وفي الثاني فطلب الشفعة من. هذا اذا الطلب الاخذ بها لا الطلب بالمعنى المتعارف كما ستعرف واما القواعد فالاصول تقضي بالوقوف على موضع الوفاق وهو الاخذ باللفظ مع دفع الثمن وقد اطبقوا على الظاهر انه ليس للشفيع اخذ الشقص المشفوع من المشتري الا بعد دفع الثمن اليه جبرا لوهن قهره بتسليم الثمن اليه اولا بخلاف البيع ونحوه فكان اخذ الشقص بدون دفع الثمن منهيا عنه فلا يكون سببا في حصول الملك ولك ان تقول ان هذه القاعدة انما تتم لك اذا كان مرادهم ليس له اخذه على سبيل التملك فيكونون موافقين للمصنف على ان التملك يحصل بالاخذ بالفعل ودفع الثمن واما اذا كان مرادهم انه ليس له اخذه بعد التملك باللفظ كما ياتي من ان كلامهم هذا يحتمل الامرين فلا تنهض لذلك وان اعتمد الاول في جامع المقاصد وكيف كان فعند المصنف ومن وافقه ان الاخذ بالفعل لا يكون مملكا الا مع دفع الثمن او رضي المشتري بالصبر فاذا دفعه واخذه المشتري ملك الشقص والا خلى بينه وبينه او رفع الامر الى الحاكم ليلزمه التسليم عملا بالاصل من عدم اشتراط اللفظ وعند من ظهر منهم انه لابد فيه من اللفظ كما هو ظاهر الاكثر كما ياتي يحتمل انهم ارادوا انه لا يفيد ملكا اصلا كما هو الظاهر ويحتمل انه لا يفيد لزوم الملك بل يكون ذلك من باب معاطاة الشفعة بالنسبة الى الشفيع بمعنى ان له حينئذ ان يترك ولا كذلك اذا اخذ باللفظ فانه لا يجوز له الرد والترك واما المعاطاة بالمعنى المتعارف فممنوعة في المقام لانها تتوقف على رضا الطرفين وليس رضا المشتري هنا شرطا واما انه يكفي رضى المشتري بالصبر فلانها معاوضة ولا يتوقف الملك في المعاوضات على القبض وظاهر التذكرة الاجماع عليه (قوله) =*﴿ ولفظا كقوله اخذته او تملكته وما اشبه ذلك من الالفاظ الدالة على الاخذ مع دفع الثمن او الرضا بالصبر ﴾*= كما صرح بذلك كله في الارشاد وموضع من التذكرة والمسالك ومجمع البرهان وقد يظهر ذلك من كلام الدروس وقد سمعته ويأتي له ما هو صريح في ذلك ونفى عنه البعد في المسالك وفي جامع الشرائع انه يملك بقبض الثمن ودونه وظاهره انه لا يحتاج الى اللفظ وفي الغنية والسرائر ما نصه واشترطنا عدم عجزه عن الثمن لانه انما يملك الاخذ اذا دفع المشتري ما بذله للبائع فاذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة وظاهر الاول او صريحه انه لاخلاف فيه وظاهرهما ان المراد بالاخذ الاخذ بالشفعة لا الاخذ بمعنى تسلم المبيع من المشتري وفي ذلك زيادة عما في الكتاب لكنه بعيد فيكون المراد الثاني فيوافق الكتاب كما سيأتي بيانه ويشهد له قولهم فيما سلف فان ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام فان احضره والا بطلت شفعته والذي في المبسوط في اواخر الباب انه لا يشترط مع الاخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك وبه صرح في التذكرة في موضع آخر وهو الظاهر من التحرير والروضة ومجمع البرهان في موضع آخر منه وهو الذي استظهره في المسالك بعد ان اختاره من قوله في الشرائع ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد (قلت) قد وقعت هذه العبارة ونحوها فيما ياتي من الكتاب والارشاد والدروس وغيرها وهو كثير كما ستعرف فيمكن ان نقول ان ذلك لا يتم الا على القول باشتراط تسليم الثمن في حصول الملك والا فالاصل عدم وجوب التقديم على واحد بخصوصه وحينئذ فلا تنافي بين عبارة هذه الكتب الثلاثة اصلا ويمكن ان يكون ظاهرها كما قال في المسالك وعدم لزوم ذلك على المشتري انما كان جبر القهرة على الاخذ منه (وقد) تقدم لنا في اوائل الفصل الثاني ما لا بد من مراجعته وقال في جامع المقاصد ان اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه والاصل عدمه والشفعة

في معنى المعاوضة اذ هي من توابع البيع ودفع احد العوضين غير شرط في تلك الاخر ولانه لو كان الدفع شرطا لوجب ان يكون فوريا كالاخذ فيبطل الشفعة بدونه مع التمكن وامهال الشفيع ثلاثة ايام قد يدل على خلاف ذلك وليس في النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور والذي في رواية ابن مهزيار ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام ان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض وليس كلام الاصحاب صريحا في اشتراط ذلك انتهى ونحن نقول الدليل الاصل وحسنة بن مهزيار اما الاصل فيمعان اربعة الا ان يقول ان ايجاب الشفعة عقدا وجار مجراه فيكون الاصل عدم الاشتراط كما قال وقد قال في المبسوط انها عقد قائم بنفسه او يكون استند الى عمومات الباب فان وجد المخصص من الخبر قام اصلنا وانقطع ما اصله واما الخبر فهو قال سئلت ابا جعفر الثاني (ع) عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا اراد بيعها ايبيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه والا فلا شفعة له لان قول ابن مهزيار طلب شفعة ارض يحتمل انه اخذها بالشفعة لفظا كان قال اخذتها بالشفعة وتملكتها او انه قال اني اريد ان اتملكها بالشفعة اذا جئت بالمال وهذا بعيد جدا من وجوه ستسمع بعضها بل لايكاد يصح وعلى التقديرين يتم الاستدلال لان المستفاد من فحوى كلامه (ع) في الجواب انه يجب عليه دفع المال على الفور ومنتهى الفورية ثلاثة ايام ان كان بالمصر فان اتى بالمال ودفعه للمشتري كشف عن حصول الملك له من يوم الاخذ او حصل له بذلك تمام جزء السبب المملك وان لم يات بطلت شفعته لعدم حصول التملك له ومعناه حينئذ على ما في جامع المقاصد انه ان اتاه بالمال لزمه التسليم وان لم ياته به بطلت شفعته يعني انه ينفسخ ملكه او ينسخه بعد حصوله له ولزومه وهو كما ترى ولا يصح ان يكون قوله (ع) في آخر الخبر فلا شفعة له مثل قوله (ع) في خيار التأخير وخيار ما يفسد ليومه فلا بيع له لان معناه هناك انه لا يلزم البيع ومعناه هنا ان الشفعة تبطل كما صرح به (ع) في صدره ولا معنى لحمل قوله (ع) بطلت شفعته على معنى كونها غير لازمة ولو بقي على معناه لم تصح المقابلة بين القضيتين ولزم التفكيك الذي يمجه الذوق هذا على التقدير الاول وعلى التقدير الثاني يصير المعنى فان اتاه بالمال واخذ بالقول ملكه وان لم ياته بالمال لم يملك وبطلت شفعته اخذ بالقول ام لم ياخذ وعلى مافي جامع المقاصد لم يكن له معنى محصل اصلا الا ان تقول انه يقول ان اتاه بالمال واخذ باللفظ ملك وان لم ياته بالمال لم يكن له الاخذ من راس فيكون معنى قوله (ع) بطلت شفعته انه ليس له الاخذ بالشفعة وهو كما ترى ثم ان هذا الاحتمال بعيد لوجوه منها انه (ع) قال ان اتاه بالمال ولم يشترط معه شيئا آخر فتقدير انه اتاه واخذ باللفظ القولي خروج عن الظاهر جدا مضافا الى وجوه اخر لا تخفى بل نقول انه لا يصح لان الطلب ان كان مع اجتماع شرائط الاخذ نافي الفورية وان كان قبله لم يجب كما هو واضح كما سياتي ثم انه في جامع المقاصد قد اعتمد على هذا الاحتمال عند شرح قوله ولو ادعى غيبة المال ويظهر منه هناك ان معنى قوله (ع) بطلت شفعته انها ليست لازمة مضافا الى ما يلزم هذا القول من تضرر المشتري بملكه بمجرد الاخذ القولي وعدم فورية الدفع وعدم تحديده بدقائق في الصبر ولمن ياتي به من غيره فتأمل ثم انا قد ندعي منع الملازمة التي ادعاها كما ذكر ذلك في المسالك فيما اذا دفع الشفيع الثمن وظهر مستحقا وهو قضية كلام المصنف هناك وكيف كان ففي ما يظهر من الخبر غنية لان ظاهره في صدره وعجزه الاشتراط مضافا الى فتوى من عرفت والى ما في الغنية فليتأمل في ذلك كله ثم انه يلزم القائل بالعدم انه اذا اخذ بالقول يملك وان جهلا معا الثمن ولعله لاقائل به كما ياتي بل كل من قال ان من مسقطات الشفعة جهلها بالثمن قائل بالشرط المذكور كما ستعرف والظاهر انهم مطبقون على ذلك كما ياتي وصاحب المسالك رجع هناك الى القول بانه لابد من دفع الثمن

ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معا فلو جهل احدهما لم يصح الاخذ (متن)

وعلى ما في الكتاب فالظاهر ان دفع الثمن جزء من السبب المملك فالعقد قبله موقوف فالنماء قبله للمشتري ويمكن على بعد ان يكون كاشفا عن حصول الملك بالاخذ القولي فالعقد قبله مراعى لاموقوف فالنماء المتخلل للشفيع هذا والظاهر اتفاقهم على انه لا يملك بالمطالبة والا لم تسقط الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولا بدفع الثمن مجردا عن قول وفعل (قوله) ﴿ ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معافلو جهل احدهما لم يصح الاخذ ﴾ اما اشتراط علمه بالثمن لصحة الاخذ فقل من تعرض له وانما ذكر في التذكرة وجامع المقاصد والروضة واما اشتراط علمه بالثمن فقدصرح به في المبسوط والكافي والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح ولم يذكر شيء منها في الوسيلة والغنية فيما ذكر فيهما من الشرائط وقضيتهما انعلمه بهما غير شرطولم يذكر هذا الشرط ايضا في المقنع والمقنعة والنهاية والمهذب والمراسم وفقه القرآن والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتبصرة وفي مجمع البرهان انه لا دليل عليه من عقل ولا نقل الاان يكون اجماعا (قلت) قداستدل في المسالك على اشتراط العلم به ان الاخذ بالشفعة في معنى المعاوضة المحضة لا نه ياخذالشقص بالثمن الذي بيع به فاشترط علمه به حين الاخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل لان الثمن يزيد وينقص والاغراض تختلف فيه قلة وكثرة وربما زيد حيلة على زهد الشفيع في الاخذ مع اتفاقهما على اسقاط بعضه فلا يكفي اخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنسا وقدرا ووصفا وان رضي باخذه بمهما كان الثمن لان دخوله على تحمل الغرر لايرفع حكمه المترتب عليه شرعا من بطلان المعاوضة مع وجوده كما لو اقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضي به كيف كان ونحوه مافي الروضة وهو ايضاح ماأوجز في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد من التعليل بالغرر لانها في معنى البيع ونحن نقول لاريب انه لايشترط علم الشفيع بالثمن ولا بالشقص في طلب الشفعة وانما الكلام في الاخذ وتحرير الكلام في ذلك ان الجهالة على قسمين جهالة لايمكن معها تسليم الثمن واخرى يمكن معها ذلك والاولى هي التي لايصح معها الاخذ كان يشتريه الوكيل ويتعذر علم الشفيع به او يقول المشتري انسيته ويحلف على ذلك وبالجملة ما اذا جهلاه اي المشتري والشفيع والوجه في عدم صحة الاخذحينئذ انه قد تقدم ان الشفيع انما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد كملا وبه صرحت اخبار الباب وانه لايملك او لايتم ملكه الا بتسليمه فلا بد من العلم بكميته ولو جهل لم يصح الاخذ لفقد الشرط وهو تسليم الثمن المعين ولا فرق في ذلك بين ان يدفع قدرا يعلم اشتماله على الثمن كان يتبرع بالزائد وعدمه (لكنا) قدنقول انه يجتزئ في صحة الاخذ باشتمال القدر على الثمن لكن الاولى عدم الاجتزاء لانه لايمكن معرفة الارش لو كان المبيع معيبا ولا معرفة الثمن ليرجع به لو كان اي المبيع مستحقا وهذه الجهالة هي التي عدوها من مسقطات الشفعة من غير تأمل ولا خلاف وذلك يقضي بأنه لابد في التملك من دفع الثمن مع الاخذ باللفظ كما تقدم آنفا على ان بعض من اختار هناك انه يملك بمجرد اللفظ اختار هنا انه لابد من دفع الثمن كصاحب المسالك كما تقدم واما الجهالة الاخرى وهي ما اذا كان الشفيع جاهلا بالثمن حين الاخذ والبائع او المشتري او غيرهما عالما به فلما بلغه الخبر قال اخذته بما اشتراه كائنا ما كان فانها لاتمنع من الاخذ لعدم الدليل على ذلك من عقل او نقل اونص او اجماع الا الحمل على البيع ونحوه وهو قياس مع الفارق لان المدار في الباب من الاخبار والاجماع على امكان تسليم الثمن الذي وقع عليه العقد كملا وهو ممكن وتعلم كميته باخبار المشتري او غيره ومنه يعلم حال الجهالة بالشقص بهذا المعنى واما بالمعنى الاول فيتصور كان يكون الشفيع له شركة مع زيد مثلا في دور متعددة وقد اشترى وكيل المشتري او هو منه شقصا من بعض تلك الدور ومات الوكيل وزيد او نحو ذلك من الفروض فان الظاهر انه لاشفعة في مثل ذلك وان استخرج المبيع بالقرعة ولعله لذلك قل من تعرض له فليلحظ ذلك كله جيدا ثم ان الجهل المانع في كلامهم لابد وان

وله المطالبة بالشفعة ولو قال اخذته بهما كان لم يصح مع الجهالة ويجب تسليم الثمن اولا فلا يجب على المشتري الدفع قبله وليس للشفيع اخذ البعض بل الترك او الجميع (متن)

يراد به الجهل الذي ظن انه لا يمكن معه الاستعلام كان يقال ان الوكيل مثلا مات ثم يظهر انه حي فعلى هذا يصح قولهم وله المطالبة بالشفعة لان ذلك عذر واما اذا اريد به الجهل الذي علم انه لا يدام معه الاستعلام فذلك مسقط للشفعة قطعا وكذلك الذي يمكن معه الاستعلام فتركه واخذ بالشفعة فانه ايضا مسقط للشفعة من حيث الاخلال بالفورية حيث اشتغل بالاخذ الفاسد عن الاخذ الصحيح وعلى هذين لا يصح قولهم وله المطالبة بالشفعة (قوله) ﴿ وله المطالبة بالشفعة ﴾ كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانه لا دليل على سقوط حقه بذلك الاخذ الفاسد وفي كلام المبسوط مايدل على سقوطها وكأنه في التحرير قصد بذلك الرد عليه وقد عرفت الحال في ذلك (قوله) ﴿ ولو قال اخذته بهما كان لم يصح مع الجهالة ﴾ قد صرح بذلك في المبسوط وغيره وقد تقدم الكلام فيه (قوله) ﴿ ويجب تسليم الثمن اولا ﴾ كما هو صريح المبسوط واللمعة والروضة وقضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وان تسلمه المشتري قبل اداء الثمن كما هو صريح التذكرة وقضية اطلاق الباقين لانها معاوضة قهرية فيجبرونه قهر المشتري بتسليم الثمن اليه اولا بخلاف البيع فان مبناه على الاختيار فلم يكن احد المتبائعين اولى بالبدئة من الاخر وفي المسالك انها علة مناسبة لا دلالة في النصوص عليها فاثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من اشكال فلو قيل بان المعتبر التقابض كالبيع كان وجها انتهى وفي جامع المقاصد انها معاوضة يجب فيها التسليم والتسلم دفعة واحدة والاصل عدم وجوب التقدم في التسليم على احد بخصوصه نعم ان تم له اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالاخذ ثبت وجوب هذا (قلت) هذا ما اشرنا اليه هناك من ان هذه العبارة تقضي بالاشتراط المذكور وان وقعت ممن صرح بعدمه او ظهر منه ذلك ويستثنى من وجوب التسليم ما اذا رضي المشتري بكون الثمن في ذمته فللشفيع ان يتسلم المبيع اولا كما تقدم (قوله) ﴿ فلا يجب على المشتري الدفع قبله ﴾ كما صرح به في المبسوط واكثر ما ذكر بعده آنفا (قوله) ﴿ وليس للشفيع اخذ البعض بل الترك او الجميع ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح لان العفو عن البعض يبطلها لانها لا تتجزأ كالقصاص لان حقه في المجموع والضرر على المشتري بتبعض الصفقة وهذه الادلة كما ترى وفي بعض الاخبار اشعار به حيث قال (ع) هو احق به يريد نصيبه المتقدم ذكره وقال (ع) هو احق بها من غيره بالثمن وهو اشعار ضعيف جدا لان كان مفهوم لقب ولا يصح الاستناد الى الاصل بعد عمومات الباب وغيرها ولم يبق الا ان يدعى ان المتبادر من اخبار الباب واطلاق الفتاوى ولا سيما التعريف اخذ جميع ما باع وهو محل تأمل لعدم المنشأ له على انه قد يقضي بانه اذا باع شقصه لثلاثة دفعة مثلا ان يجب على الشريك اخذ الجميع او الترك مع انه ليس كذلك وينبغي التأمل في كل ذلك ودعوى انها كالقصاص معارضة باحتمال ان تكون كالقذف واما الضرر فهو الذي ادخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة ولعله لذلك خلى عن ذلك المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية والخلاف والمراسم وفقه الراوندي والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والنافع وشرحه والتبصرة وشرح الارشاد للفخر والكفاية وغيرها مما تأخر مع التعرض لشرائطها ومسقطاتها ومبطلاتها مع العنوان وبدونه فلم يمكن ايضا دعوى الاجماع ولو ممن تأخر لكني لم اجد مصرحا بجواز اخذ البعض الا المصنف في التذكرة وقد حكينا كلامه برمته في شرح قوله الا مع الشركة في الطريق الخ وهذا الفرع اول ماوقع النزاع فيه بين محمد بن الحسن الشيباني وابي يوسف فيما اذا قال اخذت نصف الشفعة فذهب الاول الى

فلو قال اخذت نصف الشقص فالاقوى بطلان الشفعة ويجب الطلب على الفور فلو اخر مع امكانه بطلت شفعته على رأي (متن)

سقوطها والثاني الى عدمه كما ياتي (قوله) ﴿ فلو قال اخذت نصف الشقص فالاقوى بطلان الشفعة ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانه لا يستحق المأخوذ وانما يستحق المجموع من حيث هو مجموع فلا يؤثر اخذه له بالنسبة اليه ولا بالنسبة الى الباقي اما بالنسبة اليه فلعدم استحقاقه واما بالنسبة الى الباقي فان ظهر منه اسقاط حقه منه فظاهر والا فقد حصل التراخي باخذه فتبطل الشفعة في الجميع وغير الاقوى هو احتمال الصحة بالنسبة الى الجميع قاله ابو يوسف لان اخذ البعض يستلزم اخذ الجميع لعدم صحة اخذه وحده وضعف بمنع الاستلزام وجواز تعلق الغرض بالبعض خاصة وقال في الدروس لو قال اخذت نصف الشقص خاصة بطلت لان العفو عن البعض يبطلها او يحتمل ان يكون ذلك اخذا للجميع ولو اقتصر على قوله اخذت نصفه فوجهان واولى بالبقاء لان اخذ البعض لا ينافي اخذ الكل الا ان يؤدي الى التراخي وهو تفصيل جيد لم يتعرض له الخاصة ولا العامة وانما المفروض في كلام الجميع ما اذا قال اخذت النصف كما سمعت (قوله) ﴿ ويجب الطلب على الفور فلو اخر مع امكانه بطلت شفعته على رأي ﴾ القول بان اخذ الشفعة على الفور هو المشهور كما في التذكرة والاشهر كما في الروضة ومذهب الاكثر كما في المفاتيح ومذهب الشيخ واتباعه واكثر المتأخرين كما في المسالك وعليه الفتوى كما في التنقيح واجماع الفرقة كما في الخلاف وقد حكاه عنه كاشف الرموز والمصنف في المختلف والشهيدان في غاية المراد والدروس والمسالك وغيرهم ساكتين عليه وفي الرياض تارة ان الشهرة به عظيمة واخرى انه المشهور وعليه عامة المتأخرين وهو خيرة النهاية والخلاف والمبسوط صرح به في عدة مواضع منه والوسيلة والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وشرح الارشاد للفخر وغاية المراد والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح وهو المحكي عن ابي علي ولد الشيخ والطبرسي وعن والد المصنف وسديد الدين ونجيب الدين والقاضي ولعله في الكامل والا فلا تعرض له في المهذب كما لا تعرض له في المقنع والمقنعة والمراسم وفقه الراوندي ولا ترجيح في التحرير والمهذب البارع كما هو عادته ومجمع البرهان والكفاية والمخالفون القائلون بالتراخي وانه لا تسقط الا بالاسقاط ابو علي وعلي بن الحسين الصدوق على ما حكي عنهما وعلم الهدى وابو المكارم وابن ادريس وهو ظاهر ابي الصلاح وفي الانتصار الاجماع عليه وفي السرائر انه اظهر بين الطائفة وقد نسب هذا القول فخر الاسلام الى سلار وليس له في المراسم عين ولا اثر وليعلم ان في اثناء كلام الانتصار الماما بالفور كما فهمه منه في الدروس كما ستسمع هذه كلمات الاصحاب (واما) الاخبار فقد قال في الدروس ونعم ما قال لم نظفر بنص قاطع من الجانبين ثم قال ولكن في رواية علي بن مهزيار دلالة على الفور مع اعتضادها بنفي الضرر عن المشتري لانه ان تصرف كان معرضا للنقض وان اهمل انتفت فائدة الملك انتهى (قلت) قد استدل ايضا بالرواية على الفور المصنف في التذكرة والمختلف وولده والشهيدان في الحواشي والروضة والمقداد والمحقق الثاني ويعضدها ايضا ان كانت فيها دلالة الاصل واجماع الخلاف والشهرة المعلومة والمنقولة وما يظهر من التنقيح من دعوى الاجماع والخبران العاميان اذ في احدهما الشفعة لمن واثبها وفي الثاني الشفعة كحل العقال وقد وسم هذا في الدروس بالاشتهار وقد استدلوا ايضا بانها حق مبني على التضييق لثبوتها في بعض دون بعض وفي بعض العقود دون بعض ومن استدل بالحسنة قال في توجيه الاستدلال انه حكم (ع) ببطلان الشفعة بعد مضي ثلاثة ايام ولو كانت على التراخي لم تبطل بمضيها كما اذا لم يطالب اذ ليس المطالبة اثر في بطلانها لانها سبب وجودها فلا يؤثر في عدمها وزاد في الايضاح انه لا قائل بالفرق فالقول به احداث قول ثالث وهو باطل باجماعنا ولعله اراد ان التعجيل بمثل ذلك وعدم امهاله بما زاد عن

الثلاثة يقتضي فورية الاخذ اما الزيادة على الثلاثة فظاهر واما الثلاثة فلا قائل بها ولا بالاقل منها فينبغي التراخي مطلقا و لذا بعضهم انها لو كانت على التراخي لم تبطل بمضي الثلاثة بل كانت تحتاج الى تجديد النسخ وهذا يقضي بان الطلب في الخبر بمعنى الاخذ وقد اجاب المتوقفون من جهة القائلين بالتراخي بان التأخير ثلاثة ايام او دونها من دون عذر كما هو مورد الرواية ينافي الفورية العرفية التي اعتمدوها (قلت) قد قال في الايضاح ان التأخير ثلاثة ايام للعذر وهو كذلك لان تحصيل الثمن في الحال يتعذر في غالب العادات فلو شرط احضاره في الحال ادى الى اسقاط الشفعة كما في التذكرة ثم ان المقدس الاردبيلي استدل بالخبر على القول بالتراخي واجاب عن الاستدلال بها للفور بما يرجع حاصله الى ان الحكم ببطلان الشفعة بعد الثلاثة لعله للعلم بعدم ارادة الشفيع المطالبة بالشفعة عرفا وعادة واجاب شيخنا في الرياض بان الحكم بالبطلان لظهور عدم قدرته على اداء الثمن وقال ان لم نقل بظهورها في ضد ما ذكروه فلا ريب في انها على ما ذكروه غير دالة (قلت) من العجيب غفلة المستدلين والمجيبين عن مورد الرواية لانها انما وردت فيمن اخذ بالشفعة بقوله شفعت ونحوه وطلب الانظار بالثمن وقد تسالمت الخصوم على العمل بمضمونها في ذلك ومحل النزاع هنا من اخر الاخذ بالشفعة مع علمه بها اذا المراد بالمطالبة والطلب في الرواية قول المصنف وغيره يجب الطلب والمطالبة على الفور فلو اخر بطل الاخذ بالشفعة لتضمنه الطلب كان يقول شفعت ونحوه وليس المراد به في الرواية الطلب المعروف لوجوه تقدم بيانها منها انه ان كان مع اجتماع شرائط الاخذ نافى الفورية وان كان قبله لم يجب فالاستدلال بالرواية على ما نحن فيه من هؤلاء الاجلاء كالجواب عنه في غاية الغرابة الا ان تقول انهم يقولون ان المدار في بطلان الشفعة في الرواية على تأخير الثمن وان كان بعد اخذه فاذا كان تأخير الثمن ثلاثة ايام بعد الاخذ يبطلها كان تأخير الاخذ والثمن كذلك بل هو اولى لكنه انما يتم على المختار من ان دفع الثمن جزء مملك واما على القول بانه يملك بالاخذ من دون دفع الثمن فلا لانه قد يكون البطلان حينئذ مستند للضرر اللاحق للمشتري بسبب رفع يده عن ملكه وعدم وصول ثمنه اليه لا لمكان الفورية فيحتاج الى تجديد النسخ وجماعة ممن استدل بالحسنة قال انه يملك بالصيغة من دون حاجة الى دفع الثمن فليتأمل جيدا وكيف كان ففي باقي الادلة بلاغ لكنها قد تضعف اما الاصل فبالعمومات واما الضرر فانه يجبر بضمان الشفيع الارش اذا امهله حتى بنى وزرع ثم اخذ ونقض وقلع وان اريد به مجرد عدم الرغبة في التعمير فقد قال علم الهدى في جبرانه بانه يعرض المبيع على الشفيع ويبذل تسليمه اليه فاما ان يتسلم او يترك الشفعة فيزول الضرر عن المشتري فان لم يفعل ذلك كان التفريط من قبله قيل وعلى تقدير عدم امكان دفع هذا الضرر فالدليل اخص من المدعى الا ان تقول انه لا قائل بالفصل ولكن للخصم ان يقول ان ذلك انما يتم حيث لا يمكن العكس فتأمل جيدا واما دعوى بنائها على التضييق فان اريد بها العموم حتى فيما نحن فيه فاول ممنوع وان اريد انه ثبت في الجملة او فيما عدى المسئلة فغير نافع فيما نحن فيه واما الخبران فعاميان كما في التذكرة وما وصفه في الدروس بالشهرة فقد يكون حل العقال فيه كناية عن الانتقال بمجرد الاخذ وان تاخر فلا دلالة فيه واما الاجماع فانه معارض بمثله قال في الرياض واعتضاده بالشهرة غير نافع بعد ظهور انعقادها بعد الحكاية ومرجوحيته بالموافقة للعامة وقال ايضا ان الشهرة معارضة بالموافقة للعامة (قلت) يدفع ذلك كله ان تم الاجماع المعلوم من المتأخرين والمنقول في ظاهر التنقيح فضلا عن اجماع الخلاف المعتضد بشهرتي التذكرة والروضة المطلقتين وكذا المسالك حيث نسبه الى الشيخ واتباعه والتتبع يشهد بذلك اذا المخالفون الذين رأينا كتبهم انما هم الذين لا يعملون الا بالقطعيات فهم معذورون على اصولهم واما ابو علي وعلي بن الحسين فانما نقل ذلك لنا عنهم وليس النقل كالعيان وما في الرياض من ان الشهرة المتأخرة عن حكاية الاجماع لا تجبره ولا تعضده فغير مسلم لانها كما توهمته اذا كانت مخالفة له فكذلك تجبره اذا وافقته كما حرر في محله وقد تحرر في فنه ان الخبر العامي اذا نقله اصحابنا واستدلوا به انه يصح لنا العمل به ولاسيما اذا شهد مثل الشهيد باشتهاره

وعساك تقول ان اكثر هؤلاء لم يلتفتوا اليه قلنا اقصاه انهم لم يذكروه على انا نحن لا مانع لنا عن العمل به مع اشتهار القول بمضمونه عند المتقدمين واطباق المتأخرين عليه وما احتملناه في معناه خلاف الظاهر وتضعيف الشهرة بموافقة العامة ضعيف لان ذلك انما هو في الاخبار والاقوال والشهرات حيث تتعارض لاحتمال ورود الخبر مورد التقية او بناء القول او الشهرة على ذاك الخبر الوارد مورد التقية لا في نفس الشهرة حيث لا تعارضها اخرى كان يقال هذه الشهرة ضعيفة لا تجبر سندا ولا دلالة ولا تؤيد اجماعا لموافقتها العامة وان لم يعارضها اخرى سلمنا ان اجماع الانتصار معارضها لكن الاولى به حينئذ تضعيف اجماع الخلاف فقط لموافقة العامة على ان العامة مختلفون في المسئلة اشد اختلاف لان القول بانها على التراخي ولا تسقط الا بالاسقاط والتصريح بالترك احد اقوال الشافعية وقول مالك وفي انقطاعه عنه روايتان احداهما انه يمتد الى سنة فان عفى والا كان للمشتري ان يرافعه الى الحاكم والشافعي قول آخر وهو انها على التأبيد ... ولا يلزمك مرافعته للحاكم وقد قال ابن المنذر هذا القول قول جماعة من اهل العلم وآخر وهو انها تمتد ثلاثة ايام والحاصل ان الشافعي خمسة اقوال وله في كل قول منها موافق وقد وافقه في انها على الفور ابو حنيفة وابن ابي ليلى وابن شريك وحكى ابو الحسن عن ابي حنيفة انها تمتد ثلاثة ايام وهو المحكي عن ابن ابي ليلى وحكى عنه اي ابي حنيفة محمد انه على شفعته ابدا بعد الاشهاد وقال محمد اذا تركها شهرا بطلت وقال ابو يوسف اذا امكنه ان يطالب عند القاضي فلم يفعل بطلت وعن الشعبي ان خياره يمتد يوما الى غير ذلك مما حكى عنهم في الانتصار والمبسوط والخلاف والتذكرة واما حديث الضرر فالجواب عنه بالعرض عليه فاما ان يترك او يأخذ ليس بجيد لان ايجاب ذلك على المشتري لنفع الشفيع ليس باولى من القول بالفورية واسقاط حق الشفيع لنفع المشتري مع ان العرض انما يثبت له اثر لو لم يعلم الشفيع اما اذا علم فالضرر اللاحق به حاصل من جهته على ان الشفعة اذا كانت على التراخي كان الشفيع ان يقول الحق لي متى شئت اخذته ولا يجب الزامه باخذه حالا فهذا من السيد الالزام بالفور كما قاله الشهيد في جوابه ثم ان اقوى ما يستدل به للقول الآخر انما هو اجماع الانتصار وعمومات اخبار الباب والاستصحاب والاول معارض بمثله موهون بمخالفة بعض من عاصره له واكثر من تأخر عنه وفي المختلف وغاية المراد ان دعواه الاجماع ممنوعة على انك قد عرفت ما في كلامه من الالزام بالفور وهو الاصل في هذا القول والثاني يخصص بجميع ادلة القول الاخر وقد يعبر عنها اي العمومات باصل عدم الفورية واما الاستصحاب فقد قرروه بان البيع سبب في استحقاق الشفعة والاصل ثبوت الشيء على ما كان عملا بالاستصحاب واجيب عنه في المختلف وغاية المراد والتنقيح والمهذب البارع وكذا الايضاح بان المقتضي لثبوت الشفعة حدوث العلم بالبيع لا نفسه والحدوث يبطل في زمان البقاء واذا بطلت العلة بطل معلولها سلمنا لكن هل البيع سبب في استحقاق الشفعة مطلقا او في استحقاقها على الفور الاول ممنوع وهو محل النزاع والثاني مسلم وهو المطلوب سلمنا لكن الاستصحاب ضعيف الدلالة سلمنا لكن مع معارضة غيره لايبقى دليلا واقتصر في الايضاح في رده على ان الاستصحاب انما هو فيما يقبله ولعله اراد ان حق الشفعة ليس من الاعراض القارة القابلة للبقاء وحاصله انه فوري او اراد ما قالوه من ان الحدوث يبطل في زمن البقاء والجميع كما ترى وقد قوى هذا القول في الانتصار بان الحقوق في اصول الشريعة وفي العقول لا تسقط بالامساك عن طلبها كالوديعة وامثالها فكيف خرج حق الشفعة عن اصول الاحكام الشرعية والعقلية واجابوا بانا لانسلم ان مطلق الحقوق لا تبطل بالترك بل ذلك مختص بما عدى الفورية والفرق قائم بين الوديعة والشفعة بحصول الضرر في الثاني وانت خبير بان الظاهر ان غرضه ان اكثرها لا تسقط والمشتبه يلحق بالاعم الاغلب فيكون اصلا بمعنى الراجح وهو حجة لان العقل حكم عليه بحكم عام وهو قبح ترجيح المرجوح على الراجح فالجواب بمنع الغلبة غير صحيح لانه غير موافق للواقع ولعلهم على بعد ارادوه بقولهم ان مطلق الحقوق لا تبطل فيتعين الجواب بان الاصل يعدل عنه للدليل وقد جعل في الارشاد المطالبة على الفور من

(استلفات نظر) قدمت صحيفة ٣٦٣ على صحيفة ٣٦٢ سهوا اثناء الطبع فليلحظ

ولو اهمل المسافر بعد علمه السعي او التوكيل مع امكان احدهما بطلت ولو عجز لم تسقط (متن)

بخلافه في الضربين بل في كلامهم في مقامات أخر تصريح بخلافه فقد قال في التذكرة قبل ذلك بثماني قوائم لا يشترط في تملك الشفيع الشفعة بالشقص حكم الحاكم ولا حضور الثمن ايضا ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا ثم اخذ في الاحتجاج على ذلك وقال ان الاخذ بالشفعة كالرد بالعيب لا يحتاج الى حضور المشتري ورضاه وقال ايضا لو لم يمض الى المشتري ومضى الى الحاكم لم يكن مقصرا في الطلب وقال في المبسوط بعد ما حكيناه عنه بثلاث عشرة قائمة اذا وجبت له الشفعة فسار الى المطالبة على العادة قال قوم ان اتى المشتري فطالبه فهو على شفعته وان تركه ومضى الى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفعته عند قوم وقال قوم تبطل شفعته فان ترك الحاكم والمشتري معاً ومضى فاشهد على نفسه انه على المطالبة بطلت شفعته وقال ابو حنيفة لا تبطل ويكون على المطالبة بها ابدا وقال من خالفه انه غلط لانه ترك المطالبة مع القدرة عليها وقول ابي حنيفة اقوى لانه لا دليل على بطلانها انتهى (وحينئذ) فقد يقال ان الاشبه باصول المذهب لا اصول الباب وباطلاق اخبار الباب وما حكاه في التذكرة عن علمائنا انه يكتفي بالاخذ فورا فيما بينه وبين ربه عز وجل لان الملك اذا كان يكفي فيه القول اثر الملك اين ما وقع كالفسخ لذي الخيار ثم انه يخير المشتري بعد ذلك في الضربين خصوصا مع العذر وانه يقبل قوله في ذلك كما هو خيرة مولانا المقدس الاردبيلي وقد نقيد ذلك بما اذا لم يحصل ضرر على المشتري وليس بشيء لما سمعته من اجماع جامع المقاصد لان المستفاد منه انه لا بد في التملك من حضور المشتري او وكيله ولانه على تقدير التسليم لابد له من الذهاب اليه بنفسه او وكيله ان قلنا بكفاية التوكيل كما يقتضيه اصول المذهب ليدفع له الثمن فورا ان كان علم بمقداره لان دفعه واجب فورا وبه يتم الملك على المختار وان لم يعلم بمقداره لابد من الذهاب اليه كذلك لئلا يكون اخذه فاسدا عندهم وعلى هذا لا يتجه الجمع بين كلماتهم بان يقال ان الشفيع اذا اراد الاخذ من المشتري ليدفع عن نفسه ضرر الارش وعن المشتري ضرر نقض البنيان في بعض الصور فليبادر على مجرى العرف والعادة كما ذكروا وان اختار الاخذ فيما بينه وبين الله عز وجل كان له ذلك ما لم يتضرر المشتري بذلك فليلاحظ ذلك (وقد) عرفت المراد بالطلب في كلامهم في المسئلة ونظائرها من انه الاخذ بالشفعة قولا او فعلا لكن لا بد من ان يفرق بين الطلب والتملك في المقام وبه تلتئم الكلمة بان يقال ان التملك بمعنى انشاء الصيغة لا يشترط فيه حضور المشتري ولكن لا بد له من الطلب اي السعي والذهاب لدفع الثمن او العلم بمقداره وقد يجمع بين كلاميه في التذكرة بلا خلاف رأييه بان دفع الثمن جزء مملك او لا ولا يخفى ما في اجماع جامع المقاصد من ان القائلين بالتراخي والفور مطبقون على وجوب السعي الى المشتري لان القائلين بالتراخي لم يات واحد منهم بما يومي الى ذلك اصلا على ان الامر اذا كان على التراخي كان للشفيع ان يقول لا اسعى اليه اصلا وانا اذا شاهدته اخذت بالشفعة.

(الخامس) انه يستفاد من كثير مما ذكروه في المقام من انه لا ينافي الفورية العرفية ان فورية الباب غير فورية غيره من الابواب وغير فورية الاصوليين فضلا عن الفورية اللغوية ولعلها غير الفورية المستفادة من قوله (ص) الشفعة كحل العقال والشفعة لمن واثبها الا ان تقول ان الفورية في الجميع واحدة والعذر لا ينافيها. واعذار كل فورية بحسب متعلقها ويأتي تمام الكلام عند شرح قوله ولو ترك لكثرة الثمن (قوله)

﴿ ولو اهمل المسافر بعد علمه السعي او التوكيل مع امكان احدهما بطلت ولو عجز لم تسقط ﴾

كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهذا هو القسم الثاني من الاعذار وهي التي لا ينتظر زوالها عن قرب كالغيبة والمرض والحبس والاعتكاف وتمريض المريض فاذا اهمل احدهم السعي والتوكيل مع تمكنه من احدهما بطلت شفعته ولا يكون سفره ولا مرضه ولا حبسه عذرا مع تمكنه من التوكيل فيه لمكان طول المدة وعدم المسامحة في مثله ولو عجز عن

وان لم يفارق المجلس ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة وان كانت مندوبة ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها (متن)

شرائط الشفعة وفيه مساحة لان ذلك ليس من شرائط الاستحقاق الذي هو الشفعة بل هو من شرائط وقوعها وعدم بطلانها (قوله) ‑*‑ وان لم يفارق المجلس ‑*‑ هذا رد على ابي حنيفة حيث ذهب في جملة ما حكي عنه الى انها على الفور الا انه يقدره بالمجلس بمعنى انه اذا اخر لا لعذر لم تبطل شفعته ما لم يفارق المجلس وقد تقول في المسئلة فيما حكي عنه اقاويل كما تقدم (قوله) ‑*‑ ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة وان كانت مندوبة ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها ‑*‑ قال في المبسوط اذا ثبت ان له المطالبة فهي على ما جرت العادة به ... وجوب الشفعة سار الى المطالبة على حسب العرف والعادة فان لم يكن مشغولا بشيء قام من ... ن مشغولا بشيء كالصلوة والطهارة والاكل فحتى يفرغ وان كان وقت الصلوة قد دخل فحتى يؤذن ... ويصلي ويتطهر ان كان على غير طهر وان كان البلاغ ليلا فحتى يصبح ولا يلزمه ان يجد سيره بل يمشي على سجية مشيه ولا يستعجل فيه وان كان قادرا على العجلة وان كان راكبا فلا يركض ولا يعدو بل يسير على سجية مشيه لانه هو العرف والعادة ونحوه ما في الشرائع والتذكرة والارشاد وكذا التحرير وغيرها مما اختير فيه الفورية قال في الشرائع تجب المبادرة الى المطالبة عند العلم لكن على ماجرت العادة به فلو كان متشاغلا بعبادة واجبة او مندوبة لم يجب عليه قطعها وجاز له الصبر حتى يتمها الى آخر ما قال وفي الارشاد والتحرير لا يجب تجاوز العادة والمراد بالوجوب الوجوب الشرطي واستظهر في جامع المقاصد ان من الاعذار التي يقضي بها العرف والعادة كالاكل والصلوة شهود تشييع المؤمن والجنازة وقضاء حاجته وطلب الحاجة وعيادة المريض وما جرى هذا المجرى مما لم تجر العادة بالاعراض عنه وربما كان الاعراض عنه موجبا الطعن واستظهر ايضا ان العجز عن التوكيل عند حصول هذه الامور غير شرط لعدم السقوط لقصر الزمان وعدم عد ذلك في العادة منافيا للفور ونحوه ما في الروضة وستسمع ما فيه (هذا) ويستفاد من كلامهم في المقام اي في بيان العذر الذي لا تبطل معه الشفعة وانه ضربان ضرب ينتظر زواله عن قرب وهو ما سمعته وضرب لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض والحبس والغيبة وهو ما سيأتي امور (الاول) انه يقبل منه دعوى وجود هذه الاعذار مع يمينه كما صرح به في جامع المقاصد في اثناء كلام له واشار اليه في التذكرة في المرض والحبس والغيبة وينبغي الفرق بين ما لا يعرف الا من قبله وبين ما يمكن اقامة البينة عليه الا ان تقول ان الشفيع منكر لانه موافق للاصل لان الحق ثبت له والاصل بقائه فالبينة على المشتري (الثاني) انه لا يشترط في الاخذ حضور الشريك ولا الحاكم ولا العدلين للاصل وعدم الدليل بل قال في التذكرة ان ذلك غير شرط عند اصحابنا الا ما ستسمع عن المبسوط والتذكرة (الثالث) انه لا يجب عليه عند اشتغاله بهذه الاعذار او حصولها له ان يقول اخذت بالشفعة ثم بعد زوالها يمشي الى المشتري لانهم لم يذكروا ذلك اصلا (الرابع) ان ظاهر جماعة وصريح آخرين ان هذا المشي الواجب عليه الذي لا يجوز التأخير عنه انما هو للمشتري فالمصرح به المصنف في التذكرة والشهيد الثاني في المسالك (ويظهر) من الباقين ذلك لقولهم بعد ذلك الا مع حضور المشتري عنده ولم يمنعه اشتغاله عن مطالبته فانه ان ترك بطلت شفعته بل قال في جامع المقاصد في الفصل الرابع الظاهر انه انما يملك مع حضور المشتري او وكيله كما ان الطلب لا يعتد به الا مع حضور المشتري او وكيله ثم قال ان القوم مطبقون على وجوب السعي الى المشتري والقائلون بالفورية جعلوه على الفور انتهى (وستسمع) حال اجماعه هذا وقضية ذلك كله انه لا يكفي في الضرب الاول الاشهاد ولا الحاكم ولا الاخذ بينه وبين الله عز وجل ولا التوكيل ولو كان الشفيع اجل جليل فان تم الاجماع فيما ذكره فهو الحجة والاصل يقضي بذلك في جميع ما ذكر لكن قد يقال ان العمومات تقضي

وان لم يشهد على المطالبة ثم تجب المبادرة الى احدهما في اول اوقات الامكان وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالاكل والشرب واغلاق الباب والخروج من الحمام والاذان والاقامة وسنن الصلوة وانتظار الجماعة اعذار الا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الاشياء ويبدأ بالسلام والدعاء (متن)

الامرين معا لم تسقط شفعته لعدم التقصير وقال في جامع المقاصد ولا يخفى ان قول المصنف لو اهمل السعي او التوكيل ليس بجيد لان البطلان يتحقق مع اهمالها لا مع اهمال احدهما (قلت) قوله بعد مع امكان احدهما يدفع ما اورده لان مراده انه اذا اهمل احدهما مع امكانه وامتناع الاخر بطلت شفعته ولا ريب في ذلك (قوله) =*﴿ وان لم يشهد على المطالبة ﴾*= كما في المبسوط وما ذكر بعده اتنا للاصل وعدم الدليل ولان فائدة الاشهاد ثبوت العذر وهو يثبت بما يأتي بل ظاهر المسالك الاجماع عليه وقال في الايضاح في الفصل الرابع ان الاصل البطلان اذ لم يشهد لان الاشهاد قائم مقام الطلب فتركه كتركه وان الترك اعم من ان يكون لعذر اولا ولا يعلم الاول الا بالاشهاد والشفعة على خلاف الاصل اي فيكون المشتري مدعيا والمقدمة الاولى ممنوعة سواء اراد بالطلب السعي او الاخذ بالشفعة ويثبت العذر باقرار المشتري او يمين الشفيع لان الاصل معه فلا اثر لتركه واصله معارض بالاستصحاب ومقطوع بعمومات الباب فيمين الشفيع منكرا فيقبل يمينه (نعم) لو قلنا بان الاخذ بالشفعة لا يتوقف على دفع الثمن ولا يتوقف التملك على حضور المشتري امكن القول بوجوب الاشهاد وفي كلام التذكرة في موضع آخر ما يدل على اعتبار الاشهاد قال لو لم يتمكن من المسير الى احدهما يريد المشتري والقاضي ولا من الاشهاد فهل يؤمر ان يقول تملكت الشقص او اخذته الاقرب ذلك لان الواجب الطلب عند القاضي او المشتري فاذا فات التقيد لم يسقط الاخر وهذا منه بناء على ماسلف له في احد قوليه من انه لا يتوقف التملك على حضور المشتري ولا على تسليم الثمن (قوله) =*﴿ ثم تجب المبادرة الى احدهما في اول اوقات الامكان ﴾*= اي يجب الاخذ في الاخذ ومقدماته من سعي او توكيل حيث يتوقف عليها على الوجه المعتاد لا المبادرة بكل وجه ممكن كما تقدم على المسافر ونحوه من اقسام القسم الثاني بعد زوال عذره وتمكنه من السعي او التوكيل فان امكنه السعي تخير بينه وبين التوكيل ولو تمكن من التوكيل فقط تعين ولو قصر الوكيل في الاخذ لم يكن تقصيرا من الموكل (قوله) =*﴿ وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالاكل والشرب واغلاق الباب والخروج من الحمام والاذان والاقامة وسنن الصلوة وانتظار الجماعة اعذار ﴾*= وكذا انتظار الرفقة حيث يكون الطريق مخوفا ليصحبها هو او وكيله وزوال الحر والبرد المفرطين ولبس ثيابه وخفه ونحو ذلك مما هو من اقسام القسم الاول (قوله) =*﴿ الا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الاشياء ﴾*= فانها حينئذ لاتعد اعذارا فتسقط شفعته وبه صرح جماعة كما تقدم التنبيه عليه (قوله) =*﴿ ويبدأ بالسلام والدعاء ﴾*= كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك لما رواه في التذكرة من قوله (ص) من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه ولعموم الامر بالسلام وجريان العادة به وكذلك الدعاء المتعارف لانه لو ابتدأ بالطلب قبلهما كان نقصا في حقه (فروع ذكرت في المقام الاول) لو جهل استحقاق الشفعة ففي الدروس وجامع المقاصد انه يبقى حقه ولا تبطل شفعته لعدم الدليل وعدم التقصير وقيده في التذكرة وكذا الروضة بما اذا كان قريب العهد بالاسلام او نشأ في برية بين قوم لايعرفون الاحكام وتردد في التحرير والاشبه باصول المذهب ما في التذكرة كما ذكرناه غير مرة (الثاني) لو علم بثبوتها وجهل كونه على الفور ففي الدروس انه عذر فيمن يمكن ذلك في حقه فيبقى حقه ونحوه ما في التذكرة والروضة لما سمعت وفي جامع المقاصد ان الظاهر السقوط وهو اوفق بالقواعد (الثالث) قال في الدروس والروضة ان النسيان عذر وتردد في ذلك في التحرير سواء نسي البيع او نسي المطالبة والاصح انه

وانما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فان كان مثليا فعلى الشفيع مثله وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواء كان مثل قيمة المشفوع اولا (متن)

ليس عذرا لان المشهور انه مقدور كما بيناه في باب الوديعة (قوله) —*« وانما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد »*— هذا مما اتفق عليه الخاصة والعامة طفحت بذلك عباراتهم وصرحت به رواياتهم فقد روى العامة عن جابر ان النبي (ص) قال هو احق به بالثمن وفي خبر الغنوي هو احق بها من غيره بالثمن ولا مخالفة فيه للاعتبار وقوانين الشريعة الا ما لعله يقال ان الشفيع استحقه بغير اختيار مالكه لحاجته اليه فكان يجب ان يستحقه بالقيمة كالمضطر الى طعام غيره وفيه ان المضطر انما استحقه لمكان الحاجة من دون سبق معاملة مع المالك او الحاكم المرجع في بدله حينئذ الى القيمة والشفيع استحقه بسبب البيع الواقع على العوض المعلوم فوجب ان يكون بالعوض الثابت بالبيع ولو كان يستحقه به وبالهبة والارث ونحو ذلك لربما اتجه ذلك والاصل في ذلك الاجماع والاخبار وهذا بيان موافقة الاعتبار (قوله) =*« فان كان مثليا فعلى الشفيع مثله »*= بلا خلاف كما في الخلاف والمبسوط وغاية المراد والمسالك والمراد نفيه في الاولين بين المسلمين واجماعا كما في المختلف والايضاح وغاية المراد ايضا والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرها والاصل في ذلك قبل ذلك الاخبار والاعتبار لان الشفيع ياخذ الشقص بالثمن كما صرحت به اخبار الطرفين كما سمعت وخصوصيات الشخص غير مرادة غالبا قطعا فالمراد المثل لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الاوصاف والخواص وستسمع الكلام في هذه الاخبار (قوله) =*« وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواء كان مثل قيمة الشقوع او لا »*= اخذه بقيمته ان كان قيميا خيرة المقنعة والمبسوط والكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح والمسالك والروضة والمفاتيح وفي السرائر انه الاظهر بين الاصحاب وفي التحرير والمسالك انه مذهب الاكثر وفي الرياض انه اشهر وعليه عامة من تأخر وستعرف ما فيه وفي الدروس ان القولين مشهوران وبه قال ابو حنيفة والشافعي ومالك والقول بسقوط الشفعة خيرة الخلاف والوسيلة والمختلف وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والكفاية وهو ظاهر الايضاح وميل اليه في التحرير ومجمع البرهان وهو المحكي عن الطبرسي وقد يشعر به كلام النهاية والمهذب وقد سمعت انه قال في الدروس انه والاول مشهوران ولعله اراد انهما معروفان والا فما كان ليدعي مخالفة ما يشاهده بالعيان ودعوى انه لعله وجد القول الاخر لجماعة لم نطلع عليهم لانه كثيرا ما يأتي في غاية المراد باناس لم تصل الينا كتبهم ولم نعرف اسمائهم الا منه يدفعها انه في غاية المراد انما نسب القول الآخر الى الشيخ في الخلاف وابن حمزة والطبرسي والمصنف في المختلف ولو وجد غيرهم لذكره كما هو واضح وهذا يتنبع فيما يأتي قريبا وفي الخلاف الاجماع عليه وفي جامع المقاصد ان الرواية نص فيه ونحوه ما في التحرير وبه قال سوار القاضي والحسن البصري ولا ترجيح في جامع الشرائع وغاية المراد ولا يظهر من المراسم وفقه الراوندي شيء من القولين ولا ترجيح لاحدهما بموافقة العامة او مخالفتها لانه قد قال بكل قوم كما عرفت ونفى ابو علي الشفعة الا ان ياتي الشفيع بعين الثمن وقال في الدروس ان في رواية هرون الغنوي به الماما وفي الايضاح ان الاجماع على خلافه (حجة) القول الاول عموم الادلة وقيام القيمة مقام العرض المدفوع غالبا والعلة او الحكمة التي استندوا اليها جميعا في عدة مواضع على سبيل الحجة او التقوية غالبا ويزيد بالنسبة الينا اعتضاده بالشهرة المعلومة والمنقولة مع فتوى المفيد به في المقنعة التي هي متون اخبار وعمل من لا يعمل الا بالقطعيات كأبي الصلاح وابي المكارم وابي عبد الله مع موافقة الاعتبار والا لذهبت الشفعة آخر الدهر لانه يضاف الى الثمن قل او كثر بعض القيمي وبذلك يتقوى الظن بعموم الادلة مضافا الى ما ستعرفه من حال الخبر الذي هو الاصل في القول الآخر ووهن

اجماع الخلاف بمخالفته هو له في المبسوط المتأخر عنه ومخالفة بعض من عاصره كالمفيد والتقي واكثر من تأخر عنه له (وحجة) القول الثاني اجماع الخلاف والاخبار المرسلة فيه وما رواه الفقيه في الصحيح والشيخ في الموثق وما حكى عن قرب الاسناد وفي الصحيح عن ابي عبد الله (ع) في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبز وجوهر قال ليس لاحد فيها شفعة واستدل عليه في المختلف بقول الصادق (ع) في الحسن الشفعة في البيوع ان كان شريكا فهو احق بها من غيره بالثمن (وربما) استدل بالصحيح عن رجل تزوج امرأة على بيت في داره وله في تلك الدار شركاء قال جائز له ولها ولا شفعة لاحد من شركائها عليها وبان الاصل عدم التسلط على مال الغير الا في محل الاتفاق وبانها معاوضته غير مرضي بها فتبطل وما يقال ان التراضي في الشفعة غير شرط يخرابه انه في المثل لا اثر للسخط وعدم الرضا لانه يبذل مايساويه في المصلحة بخلاف القيمي فان المشتري ... يبذل عرضه بازاء العين المطلوبة فاذا فاتت دفع عرضه اليه (قلت) اما اجماع الخلاف فقد عرفت ... واما اخباره فلا جابر لها وشهرة الدروس قد عرفت حالها سلمنا لكن الوجه في خبر الشهرة ان العاملين بالخبر وجدوا قرائن دلتهم على صدقه وصحة العمل به ولما كان المشهور ايضا عدم العمل به مع رؤيتهم له واعراضهم عنه الى العمل بالعمومات قضى ذلك انهم وجدوا قرائن ردتهم عن العمل به فحصل التعارض بالنسبة الينا فان اغضيا عن الترجيح قلنا تساقطا ورجع الامر الى انهما كأن لم يكونا فلا جابر (واما) الخبر الاول فقد رواه مرتين كاشف الرموز في رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع الخبر بل ظاهره انه لايعرف فيها لفظ الدار فيها اصلا قال في شرح قوله في النافع وقيل تسقط الشفعه استنادا الى رواية فيها احتمال مانصه قال فيها احتمال لانها مقصورة على من اشترى دراهم برقيق ومتاع وبز وجوهر فالتعدي الى غير ذلك من المحتمل وكذا يحتمل ان تكون الشركة في الدراهم انتهى وكلامه كالصريح في انه ليس هناك دار والا لما احتمل هذين الاحتمالين لانه لامناص له عنهما لان كان الخبر صحيحا ليس فيه فيما وجده لفظ دار وهو من العلماء المتقدمين الكبار ممن اذا قال يسمع فلا بد ان يكون قد تأمل وتتبع فقد حصل وهن في الخبر من هذه الجهة وفيه ايضا انه ليس فيه تصريح بان المانع من جهة القيمة فجاز ان يكون نفي الشفعة فيه اما عن الجار لانه لم يذكر فيه ان البائع في الدار شريكا او لكونها غير قابلة القسمة والحاصل ان المانع من الشفعة غير مذكور في الخبر واسباب المنع كثيرة كما قاله الفاضل المقداد وجماعة (واما) مافي مجمع البرهان مما حاصله من ان الظاهر ان السؤال فيها انما هو من حيث الشراء بذلك الثمن ولو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لاشريك فيها وان المراد نفي الشفعة بالجوار لما كان لذكر القيمة وجه ولكان حق السؤال التصريح بذلك بعبارة اخرى تؤدي ذلك ففيه ان الظاهر المتبادر من الدار جميعها وان الظاهر من السؤال ماذكرت ونفي الشفعة فيها يحتمل ان يكون مستندا الى هذا والى هذا فيحتمل ان يكون تجوز بالدار اعتمادا على قرينة حالية ويحتمل ان يكون اراد بيان حال المشتري في السؤال وانه تكلف ودفع في ثمنها مايقدر عليه وما هو تحت يده ولذلك خلط في السؤال بين الخاص والعام معرضا بشكاية حاله وان جاره يريد ان يشفع فيها اخذا بقول ابي حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن ابي ليلى الذين هم قضاة الكوفة في عصر علي بن رئاب فقال (ع) لاشفعة لاحد عليها غير متق منهم لمخالفة عمر وعثمان وسعيد بن المسيب ويحيى بن سعد الانصاري وربيعة المشهور وغيرهم لهم ولعل هذا اظهر لأن الاصل عدم القرينة الحالية على ان المراد بالدار بعضها سلمنا فلااقل من ان يكون مجملا سلمنا الظهور لكنه لايقوى على معارضة العمومات المعتضدة بما عرفت على انه لو كان كذلك ما اعرض عنه المعظم بل ما رأينا احدا استدل به تصريحا قبل المصنف في التحرير والمختلف وقد سمعت ما في النافع من ان فيه احتمالا وكلام كاشف الرموز والشيخ في الخلاف قد يكون اراد غيرها فالرواية التي هذا حالها من اختلاف المتن واجمال الدلالة واعراض معظم الاصحاب عنها مع صحة سندها تارة وقوته اخرى وتعددها في الجوامع العظام كيف يستند اليها ويدعى انها نص في الباب ويعرض بها عن تلك الادلة

سواءٌ كان مثل قيمة المشفوع ام لا ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وان كان في مدة الخيار على رأي (متن)

وقد تقرر في فنه ان الخبر اذا صح وتكرر في الجوامع العظام بحيث يعلم ان الاصحاب رأوه واعرضوا عنه لم يصح الاعتماد عليه والاستناد اليه (ومن ذلك) يعلم الحال في الاصل والدليل الاعتباري الذي ذكرناه لهم اخيرا واما الخبران الاخيران فقد استدل باولها في المختلف بخيال ان الاحقية بالثمن انما تتحقق في المثلي لان الحقيقة غير مرادة اجماعا واقرب المجازات هو المثل فقد اجاب عنه في مجمع البرهان باجوبة اصحها انها محمولة على الغالب من ان القيمة ثمن واجاب في المسالك بما هو محل نظر كبقية اجوبة مجمع البرهان واما الثاني فليس مما نحن فيه لان المفروض فيه انتقال المشفوع بما عدى البيع ولعله لم يبق بعداليوم في المسئلة اشكال وقد جزم المصنف بانه تلزمه قيمته يوم العقد وهو خيرة الخلاف والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وغاية المراد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانه وقت استحقاق الثمن فحيث لا يمكن الاخذ به تعتبر قيمته حينئذ وحكى القول بانه يلزمه قيمته وقت الاخذ ولم نجد القائل به ولعله قول مالك حيث قال بلزومها وقت المحاكمة لوجوبه حينئذ على الشفيع فتعتبر قيمته وقت الوجوب حيث تتعذر العين وفي غاية المراد انه لاوجه له ورماه غيره بالضعف وقوى في الايضاح لزوم اعلا القيم من يوم العقد الى يوم الدفع وهو خلاف ما حكاه عنه المحقق الثاني وغيره من انه الاعلى من وقت العقد الى وقت الاخذ ان ارادوا الاخذ بالشفعة فتأمل واحتج عليه في الايضاح بأنه اخذ قهري كالغصب وفي غاية المراد انه لاوجه له ورماه غيره بالضعف (قوله) =*﴿ سواء كان مثل قيمة المشفوع ام لا ﴾*= اي سواء كان الثمن الذي جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع اي مثل قيمته ام ناقصا ام زائدا لتناول اطلاق الثمن له في النص (قوله) =*﴿ ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن ﴾*= كما في الشرائع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لانها ليست من الثمن وان كانت من توابعه واشار بقوله وغيرها الى اجرة النقاد والوزان وغير ذلك (قوله) =*﴿ ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وان كان في مدة الخيار على رأي ﴾*= كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر التذكرة الاجماع عليه لان المشتري يملكه بمجرد العقد فلا عبرة بما يزاد وينقص بعده والمخالف الشيخ في المبسوط حيث حكم بالحاق الزيادة والنقصان بالثمن في مدة الخيار محتجا بانه بمنزلة ما يفعل حال العقد لان الشفيع ياخذ بالثمن الذي يستقر عليه العقد ومعناه ان هذا هو الذي استقر عليه وهذا التعليل لا يدل على ان حكمه هنا بالالحاق مبني على ظاهر مذهبه في البيع من ان الملك لا ينتقل الى المشتري الا بانقضاء الخيار لانه اعم منه لكن الجماعة فهموا منه انه بنى الحكم فيما هنا على ما هنالك ولو كان كذلك لخص الحكم بما اذا كان الخيار للبائع اولهما لانا قد حكينا عنه في الباب عند شرح قوله في آخر الفصل الاول والاقرب عدم اشتراط اللزوم ان الخيار كان للمشتري وحده ينتقل اليه الملك وان كنا قد تأولناه له في باب الخيار نعم في خيار الخلاف ان الملك يزول عن البائع اذا كان الخيار للمشتري ولا ينتقل الى المشتري الا بعد انقضاء الخيار ولعله الى ما في المبسوط اشار في الشرائع بقوله وقال الشيخ يلحق بالعقد لانه بمنزلة ما يفعل في العقد وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد اذ الظاهر ان مراده ان اطلاق الشيخ الحاق الزيادة والنقيصة بالثمن في زمن الخيار لايتم على تفصيله مطلقا لانه يتمشى على تقدير كون الخيار للبائع او لهما لعدم الانتقال اما على تقدير كون الخيار للمشتري فيشكل على مذهبه من انتقال الملك اليه هذا ويتسحب على قول الشيخ انه لو كان الثمن غير مثلي وجوب القيمة يوم انقضاء الخيار (ولا يخفى) انه يلزم على قول الشيخ ان كل زيادة في زمن الخيار بعد العقد تصير ثمنا وتدخل في العقد من دون صيغة ولا عقد وانّ لم تقدم هذه الزيادة

ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وان كان في مدة الخيار ويسقط ارش العيب ان اخذه المشتري ولو كان الثمن موجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن مليا (متن)

فائدة في حال التعلق حيث يكون للبائع خيار ولا في حال التزلزل حيث يكون الخيار للمشتري على ما في الخلاف (قوله) ﴿ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وان كان في مدة الخيار﴾ كما في السرائر والشرائع وجميع ماذكر بعدها في المسئلة المتقدمة ماعدا الارشاد فانه لم يتعرض فيه لهذه وظاهر الايضاح الاجماع عليه حيث قال عندنا والمخالف في هذه ايضا الشيخ كما عرفت (قوله) ﴿ويسقط ارش العيب ان اخذه المشتري﴾ كما في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمراد ان ارش العيب يسقط من الثمن عن الشفيع اذا اخذه المشتري من البائع ووجهه انه جزء من الثمن فاذا اخذه المشتري كان الثمن هو مايبقى بعده واما اذا اسقطه ولم ياخذ الارش فله الاخذ بجميع الثمن لا بحذف الارش او الترك بالكلية لان الثمن حينئذ قد صار ماوقع عليه العقد من غير نقصان وبه صرح في الارشاد وغيره ولا يفرق في ذلك بين كون الثمن في مقابلة الاجزاء او في مقابلة المجموع لانه بعد رضاه بالعيب يصير الكل ثمنا وهو مما لاخلاف فيه (قوله) ﴿ولو كان الثمن موجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن مليا﴾ كما في المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والدروس والمنتصر وجامع المقاصد وكذا مجمع البرهان ولعله قد يظهر من التنقيح والمهذب البارع والمسالك وهو قول الاكثر كما في جامع المقاصد والاشهر كما في المسالك وعليه عامة من تأخر كما في الرياض وقد يلوح من جامع المقاصد الاجماع حيث قال والذي صرحوا به وفي الخلاف نسبته الى قوم من اصحابنا وهو يرشد ان به قائلا غير المفيد ممن تقدم عليه وبهذا القول قال احمد ومالك والشافعي في القديم وفي المقنعة تقييد الضمين الذي هو المراد من الكفيل في العبارة وغيرها بما اذا كان ثقة وفي التذكرة تقييد الشفيع الملي بكونه موثوقا به وعبارة المختلف في جوابه عن حجة الشيخ كما ستسمع قد تعطي انه متى طلب المشتري من الشفيع ضمينا اجيب اليه واستوجهه في جامع المقاصد لو كان به مصرح وفي الغنية ان هذا لايتفرع على مذهب من قال من اصحابنا ان حق الشفعة لايسقط بالتأخير ومن قال به والمخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط وابو علي والطبرسي فيما حكي عنهما فقالوا ان الشفيع يتخير بين ان يأخذ بجميع الثمن حالا او يصبر الى انقضاء الاجل او يأخذ بالثمن في وقت حلوله وبه قال ابو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في الخلاف ايضا ان ما ذكره في النهاية قوي ولا ترجيح في الكفاية وذهب في الرياض الى انه يخير بين الامور الثلاثة ان لم يكن احداث قول ثالث وستعرف انه ليس بشيء ولانه احداث قول ثالث حجة الاولين ان الشفيع بمنزلة المشتري وليس للمشتري اكثر من حقه لا قدرا ولا اجلا ولكن ان لم يكن الشفيع مليا كان له ان يطلب منه اقامة ضمين وان لم يكن البائع قد اخذ منه ضمينا لمكان قهره وخوف ضرره ونظرهم في ذلك الى حسنة الغنوي فانها قد دلت على استحقاق الشفعة بالثمن والمراد المماثل قطعا وانما تتحقق المماثلة بالمساواة في الاجل لانه له قسط من الثمن وهذا يدل على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع هنا للعذر (واما) الفورية في اخذ الشقص فانما صارت من ادلة الفور واحتمال ان مراعاة مال المشتري وتمنعه عن الذهاب عذر يوجب الاخلال بالفور ولهذا لم يجعل الشيخ في الخلاف والمبسوط الاخلال بالفورية هنا موجبا لسقوط الشفعة وهو ممن يرى فيها انها على الفور فمدفوع بانا نجمع بين الحقين فنراعي الفورية بالزامه باخذ الشقص فورا ونراعي حفظ مال المشتري عن الذهاب باخذ الكفيل منه مطلقا او مع عدم الملائة فكان مذهب الاصحاب متوجها على القول بالفورية ويجب على القائلين بالتراخي كصاحب الغنية وصاحب السرائر ان يقولا بمقالة الشيخ وبذلك يظهر لك ما احتج به في المختلف وتبعه الجماعة بقوله ان حق الشفعة على الفور فترك

وليس له الاخذ عند الاجل على رأي ولو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع (متن)

الطلب الى الاجل تاخير الطلب وهو مسقط الشفعة واداء الثمن في الحال زيادة صفة في الثمن وهي غير واجبة على الشفيع فالقول الثاني يستلزم احد المحذورين اما اسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها او التزام الشفيع بزيادة لا موجب لها وكلاهما باطل بيان الملازمة انا ان جوزنا له التأخير لزم الاول وهو باطل لما تقدم من انها على الفور وان لم نجوز له ذلك الزمناه بزيادة صفة هي تعجيل الثمن من غير موجب انتهى اذ فيه ان تجويز احد الامرين على التعيين غير تجويزهما على التخيير والخصم قائل بالتخيير فله عنده ان ياخذ عند الاجل مراعاة للمشتري فهي عذر وان ياخذ حالا ويكون هو اسقط حقه من التاجيل وليس لك الا ان تقول له خيره بين ما نقول ايضا او الزمه به وهو قائل بانه مخير بين ما تقوله وبين الامرين الاخرين لانه اذا اباح له تعجيل الاخذ وتعجيل الثمن فقد اباح له قطعا تعجيل الاخذ واقامة الكفيل وبذلك يظهر لك ما في الرياض من احتمال كونه قولا ثالثا الا ان تتأمل في الملازمة التي قطعنا بها واما الزامه بما يقول فانه يقول لايلزمني ذلك لان التأخير هنا لعذر وهو حفظ مال المشتري والاعذار لا تنافي الفورية فهو مخير عنده بين الامور الثلاثة وحجتك والزامك لم تتعرض فيهما لبيان الوجه في الكفيل فكان الكفيل كتعجيل الثمن فلا بد لتمامية الحجة والالزام من بيان ان في اقامة الكفيل جمعا بين الحقين كما ذكرناه ولا كذلك تعجيل الثمن الا ان تقول ان ذلك مراده في المختلف لانه اشار الى ذلك في جواب حجة الشيخ حيث (قال) احتج في الخلاف بان الشفعة قد وجبت بنفس الشراء والذمم لا تتساوى فوجب عليه الثمن حالا او يصبر الى وقت الحلول فيطالبه بالشفعة مع الثمن والجواب لايلزم من عدم تساوي الذمم ثبوت احد الامرين لامكان التخلص بالضمين انتهى فتأمل (وبعد) ذلك كله فقد يقال ان الذي يقتضيه النظر اذا لحظ قواعد الباب ان قول الشيخ اقرب للصواب لان الشفيع اذا كان لا يملك الا بالصيغة ودفع الثمن معا ويجب عليه الفور فيهما وانه لا يجب على المشتري التسليم الا بعد تسلمه الثمن كان لنا ان نقول للشفيع اذا اردت التملك في الحال فادفع الثمن الآن وان قلت لايلزمني ذلك لانه زيادة والتأجيل عذر فانتظر حتى ينقضي الاجل ولا ضرر على المشتري في شيء من ذلك وقد نبه على هذا السؤال من فاق بحسن نظره على صغر سنه على المشائخ الكبار من فحول الرجال وذلك من منه ذي المن في كل زمن (والجواب) بان الشفعة انما شرعت للارفاق بالشفيع خوفا من ضرر القسمة لاحتياجه في بعض الوجوه الى الخسارة لتجديد المرافق ونحوها وفي هذا تسجيل عليه وتضييق اشد من ضرر القسمة ومايتعلق بها من المرافق لانه اما ان يلزم بان يدفع الثالثة في شقص قيمته مائة قد اشتري الى احوال بالف او يمنع عن التصرف في شقصه والمشفوع معا احوالا على بعض الوجوه وفي هذين من الضرر الذي لايكاد يحتمل وهو يخالف مشروعية الشفعة فنظر المشهور الى الخبر المشهور مالا يدرك كله لايترك كله وقد استدلوا به في عدة مواضع فورية الاخذ بالصيغة ممكن والاخذ بالثمن الكثير الى اجل حالا تمنعه مشروعية الشفعة فاخذوا بالممكن وتركوا مالا يمكن جامعين بين الحقين وعاملين بالقاعدتين ولاضرر على احد في البين والمراد بالملائة كونه بحيث يقدر على اداء الثمن بحسب حاله وحاصله ان المدار على العرف كما هو المختار في ملائة ولي الطفل في باب الزكوة وقال جماعة هناك كالفاضل الميسي وتلميذه اي الشهيد الثاني ان يكون له مال بقدر ما اخذ من مال الطفل فاضلا عن المستثنيات في الدين وعن قوت يوم وليلة ولعياله الواجبي النفقة وقد تاملنا فيه بان قوت اليوم يتجدد يوما فيوما لكنه لايرد هنا وقد تحدث امور اخر من الضمانات الا ان يشترط بقاء ذلك دائما ومع ذلك قد يلزم مال في ذمته دفعة واحدة بحيث يستغرق ماله (قوله) ﴿ وليس له الاخذ عند الاجل على رأي ﴾ اشار بذلك الى خلاف الشيخ ومن وافقه كما عرفت (قوله) ﴿ ولو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع ﴾ يعني لو مات المشتري في المسئلة يعني حيث يكون الثمن عليه مؤجلا فان الثمن

ولو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك اخذ شفعته خاصة ولو اتحد الشريك فله اخذ الجميع واحدهما ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا او لتوهمه جنسا فبان غيره او كان محبوسا بحق هو عاجز عنه او بباطل مطلقا وعجز عن الوكالة او اظهر له ان المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة او بالعكس او انه اشتراه لنفسه فبان لغيره اوبالعكس او انه اشتراه لشخص فبان انه لآخر وانه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه او بالعكس او انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره او بالعكس لم تبطل شفعته (متن)

يحل عليه لان الميت اذا مات حلت ديونه فيبقى دين الشفيع للمشتري مؤجلا وبه صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد كل على مختاره في المبسوط اذا مات المشتري حل الثمن عليه وكان الشفيع مع وارث المشتري بالخيار انتهى ويحتمل حلوله على الشفيع لان تأجيله مسبب عن تأجيل ماعلى المشتري وفي جامع المقاصد انه ليس بشيء واذا مات الشفيع حل الدين الذي عليه وقد نص عليه في التذكرة والتحرير والدروس(قوله) =*ولو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك اخذ شفعته خاصة*= لان الشقص الآخر بالنسبة اليه غير مشفوع فكان كما لو ضم المشفوع الى غير المشفوع (قوله) =*ولو اتحد الشريك فله اخذ الجميع واحدهما *= يريد انه اذا باع شقصين من دارين وكان الشريك واحدا فيهما فله اخذ الجميع وأحدهما لان الشركة في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الاخر فلا تكون الشركة فيهما واحدة ولا اثر لاتحاد الصفقة في ذلك فان حقه في احدهما غير شائع في حق الاخر من الاخر بخلاف الدار الواحدة فان سبب الشركة فيها واحد وحقه فيها شائع وبنا في الكتاب صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وحكى في المبسوط عن العامة قولا ان في المسئلة وجهين (احدهما) ماعرفت (والثاني) انه ليس له ذلك لانه اخذ بالشفعة بعض ماوجب له بها فلم يصح كما لو كان الشقص واحدا فاخذ بعضه وترك بعضه فانه لم يصحح والاصحاب لشدة ضعفه لم يذكروه احتمالا ولو على بعد (قوله) =*ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا او لتوهمه جنسا فبان غيره او كان محبوسا بحق هو عاجز عنه او بباطل مطلقا وعجز عن الوكالة او اظهر له ان المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة او بالعكس او انه اشتراه لنفسه فبان لغيره او بالعكس او انه اشتراه لشخص فبان انه لآخر وانه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه او بالعكس او انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره او بالعكس لم تبطل شفعته *= هذه المثل قد ذكرت كلها في التذكرة وجامع المقاصد وذكر بعضها في موضع من المبسوط والشرائع وبعضها في موضع آخر وذكر بعضها في التحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وقد عقد لها ضابطا في المبسوط قال وجملته ان الشفيع متى بلغته الشفعة ولم يأخذ لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته وبمعناه ضابط جامع المقاصد قال كل امر لو ظهر له وقوع البيع عليه والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفعة بحالها لاتبطل للعذر وفي المسالك ان مرجع الجميع الى كون التأخير لغرض صحيح او عذر مقبول لايخل بالفورية المعتبرة انتهى فتأمل (قلت) حاصل مراد الجميع ان التأخير في الاخذ بالشفعة لايضر بالفورية حيث يكون لعذر واضح كالحبس ونحوه او يكون العذر ليس بتلك المكانة من الوضوح كالجهل بخصوص البيع الواقع على وجه قد يتعلق غرض الشفيع بغيره ويكون ذلك الغرض امرا مقصودا للعقلاء فان الجهل بذلك عذر والعذر مستثنى من ادلة الفور بالاجماع والعقل وان تناولته اذ الاصل فيها الاصل والاجماع والخبران النبويان كما تقدم فلو ترك الشفعة لتوهم كثرة الثمن لوجود امارة توهم ذلك فبان قليلا فالشفعة باقية لان قلة الثمن مقصودة في المعاوضة

ولو اظهر انه اشتراه بثمن فبان انه اشتراه باكثر او انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى به بعضه بطلت شفعته وتصرف المشتري قبل الاخذ صحيح فان اخذه الشفيع بطل فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الاخذ بالاول او الثاني (متن)

وكذا لو اعتقده دنانير فظهر دراهم فترك اوبالعكس لان الغرض قد يتعلق بجنس دون جنس آخر لسهولة حصوله بالنسبة اليه ونحو ذلك وكذا لو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه لانه معذور في ترك السعي بخلاف القادر فان التأخير من قبله اذ يجب عليه دفع الحق ليتخلص من الحبس او كان الحبس بسبب باطل وان كان قادرا عليه لكن يشترط في الحبسين عجزه عن الوكالة فان قصر في الوكالة فلا شفعة له ولو وكل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشفعة بحالها اذ لا تقصير وكذا لو اظهر له مظهر ان البيع قليل فظهر خلافه لان الغرض قد يتعلق بالكثير وكذا عكسه وكذا لو اظهر انه اشترى الشقص لنفسه فبان انه اشتراه لغيره فكذلك لان الغرض قد يتعلق بالاخذ من شخص دون آخر ومثله العكس ولو اظهر انه اشترى الشقص وحده بالثمن فبان انه اشتراه مع غيره فكذلك لان الثمن حينئذ قد يكون اقل والغرض قد يتعلق بذلك ومثل ذلك ما لو اظهر انه باعه بثمن حال فترك ثم بان انه مؤجل دون العكس لما يأتي او انه باعه الى شهر فترك فظهر انه الى شهرين وهكذا لاختلاف الغرض بذلك ايضا (قوله) ﴿ولو اظهر انه اشتراه بثمن فبان انه اشتراه باكثر او انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى به ببعضه بطلت شفعته﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد بل في التذكرة انها تبطل قطعا وهو كذلك وكذلك لو قال اشتريته بمائة الى سنة فتركه فظهر انه اشتراه بها حالا كما في المبسوط والتذكرة (قوله) ﴿وتصرف المشتري قبل الاخذ صحيح﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام المهذب وغيره بل الظاهر اتفاق الخاصة والعامة على ذلك كما يفهم من التذكرة والمسالك ولم يحك الخلاف الا عن ابن شريح لانه واقع في ملكه لانه مالك مستقل وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف كما ان حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع المتهب من التصرف وكما ان حق التملك للزوج بالطلاق لا يمنع الزوجة من التصرف ونظر ابن شريح الى ان للشفيع حقا لا سبيل الى ابطاله فاشبه حق المرتهن وهو قياس مع الفارق (قوله) ﴿فان اخذه الشفيع بطل﴾ كما هو قضية كلام جميع الكتب المتقدمة بل هو صريحها كما ستسمع بل لم يحك الخلاف هنا الا عن المروزي لان حق الشفيع ثابت باصل العقد فلا يتمكن المشتري من ابطاله ثم ان تصرفه يقع على نوعين احدهما ما تثبت فيه الشفعة كالبيع والثاني ما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف ونحوه كما يأتي بيان الحال فيهما ونظر المروزي الى ان التصرف اذا كان صحيحا كانت الشفعة باطلة لمنافاة صحته لبقائها ثم لا تتجدد لانه تصرف مبطل الشفعة فلا يثبتها وقد ضعفها اصحابه واصحابنا لسبق الحق ووجود المقتضي (قوله) ﴿فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الاخذ بالاول او الثاني﴾ كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح ومعناه انه اذا باعه المشتري قبل ان يأخذ الشفيع بالشفعة تخير في الاخذ بالبيع الاول او الثاني لان كلا منهما سبب تام في ثبوت الشفعة فالتعيين الى اختياره وكذلك الحال لو زادت العقود عن الاثنين فان اخذ بالشراء الاول دفع الثمن وبطل المتأخر مطلقا وان اخذ بالاخير اخذ بثمنه وصح السابق مطلقا لان الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه وان اخذ بالمتوسط اخذ بثمنه وصح ما تقدمه وبطل ما تأخر عنه ولولا ما يظهر من عدم تأملهم فيه لكان الاقتصار على الاخذ بالبيع الاول اوفق بالاصل فتأمل وتصوير ذلك وتفصيله في كلام المصنف

فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلثين فان اخذ من الاول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلثين والثاني على الاول بعشرين لان الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثاني ولو اخذ من الثاني صح الاول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلثين ولو اخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلثين ولو وقفه المشتري او جعله مسجدا اووهبه فللشفيع ابطال ذلك كله والثمن للواهب ان ياخذه ان لم تكن لازمة (متن)

(قوله) — فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلثين فان اخذ من الاول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلثين والثاني على الاول بعشرين لان الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثاني ولو اخذ من الثاني صح الاول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلثين ولو اخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلثين — هذا كله في نفسه ظاهر لايحتاج الى بيان وستسمع مافيه وقوله بعشرة متعلق بالمشتري وقوله بعشرين متعلق بباعه (قوله) — ولو وقفه المشتري او جعله مسجدا او وهبه فالشفيع ابطال ذلك كله — كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية اطلاق الدروس واللمعة والكفاية والمفاتيح وفي المبسوط الاجماع على انه له نقض المسجد ان كان قد بناه مسجدا او اخذه بالشفعة واقتصر في الخلاف والشرائع على ابطال وقفه وجعله مسجدا ولم يذكر الهبة قال في المسالك انه في الشرائع اراد التنبيه بذلك على خلاف بعض العامة حيث حكم بعدم نقض الوقف وآخرين حيث حكموا ابطلان تصرف المشتري ومستند الاصحاب في ذلك الى ان حقه اسبق فكان احق كما سبق (قوله) — والثمن للواهب ان ياخذه ان لم تكن لازمة — يريد ان للواهب ان ياخذ الثمن لان له ان يرجع في اصل الهبة ان لم تكن لازمة فله ان يرجع في ثمن الموهوب قال في جامع المقاصد ومقتضى كلامه هذا انه ان لم يرجع كان الثمن للمتهب (قلت) هو خلاف ظاهر الاكثر وخلاف صريح التحرير والمسالك والروضة فان فيها الجزم بان الثمن للمشتري الواهب لا للموهوب وصرح في الاخرين ايضا بانه لا فرق في بطلان الهبة بين اللازمة وغيرها ولا بين المعوض عنها وغيرها وقال في جامع المقاصد ايضا ان كلام المصنف هنا انما يتم على تقدير ان يكون الاخذ بالشفعة غير مبطل للهبة لان الاخذ انما يكون بالبيع السابق ومتى كان الاخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطارئ عليه ولهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكمنا بانه ان اخذ بالبيع الاول بطل الثاني واسترد المشتري الثاني الثمن (قلت) لنا ان نقول بعدم الجزم بصحة العقد ينبغي ان نجري على القواعد وان نقتصر في الابطال على محل الحاجة وما يجمع به بين الحقين في الوقف لا بد من ابطاله بالكلية والابطال في غيره كالبيع والهبة ابطال اختصاص المشتري الثاني والمتهب بالعين لا الثمن والفائدة في المتهب واضحة وتظهر الفائدة في البيع فيما اذا كان اشترى الشقص بعشرين وباعه بعشرة ثم فسخ الشفيع فان العشرين تكون للمشتري الثاني والمتهب كما ياتي وكلام الجماعة ما عدا المصنف هنا وفي التحرير لايأبى ذلك ثم انا لانجد فرقا بين الهبة والبيع فلا وجه لتفرقة المصنف هنا بينهما ومقتضى القواعد والجمع بين الحقوق هو ما قلناه وقال في جامع المقاصد ثم انه كيف يتصور كون الاخذ من المشتري والدرك عليه مع بقاء الهبة وثبوت ملك المتهب (قلت) هذا كما يكون منافيا كما ذكره في الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الاشكال في الهبة اللازمة وقد يقال ان ما استبعده قد وقع له نظائر كاللقطة اذا تصدق بها بعد الحول قال ولو قيل بان الفسخ من احد الجانبين خاصة وهو جانب الشفيع دفعناه بما قلناه من اقتضائه زوال الدرك عن المشتري وهو باطل ولان الفسخ نسبة فلا تعقل من احد الجانبين (قلت) سيأتي مثله عن الشهيد في الاقالة قال وفيه مناقشة اخرى وهي انه على ما ذكره في الهبة الجائزة من ان له الرجوع بالثمن نظرا الى ان له ان يرجع في الاصل يجب ان لا يكون له الرجوع بالثمن في الهبة اللازمة لانقطاع حقه منها (قلت) ستسمع استشكاله

والا فاشكال فان قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا والا تخير بينه وبين الثمن فان تقايل المتبايعان اورد بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والدرك باق على المشتري (متن)

في ذلك قال والحاصل ان الاخذ بالشفعة اما ان يقتضي ابطال الهبة فالثمن الواهب وجها واحدا او لا فالثمن للمتهب مع اللزوم وجها واحدا وبدونه يتخير (قوله) —* والا فاشكال *— اي وان كانت الهبة لازمة في كون الثمن الواهب او للمتهب اشكال ينشأ من بطلان الهبة بالاخذ لسبق حق الشفيع ومن انها قد لزمت من جهة الواهب فيمكن الجمع بين الحقين اذ حق الشفيع انما هو في العين ولا شغل له بابطال الهبة من رأس فياخذ العين وتبقى الهبة بحالها ويكون الثمن للمتهب. ويكون المراد من الابطال ابطال اختصاص المتهب بالعين لا ابطال اصل الهبة وهو خيرة التذكرة والايضاح وفي الحواشي ان المنقول ان الهبة ان كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقا وكذا اذا تصرف لانها قد صارت لازمة انتهى وفي جامع المقاصد انه ليس بشيء وان الاصح ان الهبة تبطل في الوضعين ويرجع الامر كما كان لان الشفيع انما ياخذ بالبيع الاول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له وهذه حقوق الشفيع ثابتة تنافي بقاء الهبة وهذا الاشكال ضعيف جدا انتهى قلت ليس هناك الا حق واحد وهو كون الدرك عليه وقد جعله مستمسكا في هذه المقامات مع انه يمكن ان يقال ان الشارع اثبته له عليه عقوبة كما اثبت له الاخذ منه قهرا حيث لم يستأذنه ولم يستأمره او لم يسأل ويستقيل والا فقد يقضي الاخذ منه قهرا ان يكون الدرك على البائع والغرض ان الامر ليس بتلك المكانة من الضعف بعد ما سمعته عن الفخر والشهيد (قوله) —* فان قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا والا تخير بينه وبين الثمن *— يريد انا ان قلنا بكون الثمن للواهب فان كان المتهب قد دفع عوضا للهبة فقد فات العوض فيرجع به وان قلنا بكونه للمتهب تخير اي المتهب بينه اي بين العوض وبين الثمن بان يفسخ الهبة ويرجع بالعوض لفوات الموهوب الذي هو بدل العوض او يبقيها فيأخذ الثمن لانه حقه للزوم الهبة من طرف الواهب وينبغي ان يتأمل في الاول اذا كان عالما بانه يؤخذ بالشفعة بل اذا كان جاهلا ولم يغره البائع الا ان تقول ان الجهل عذر قال في جامع المقاصد وقد عرفت ضعف ذلك كله وما زاد في الايضاح على تفسير العبارة وقد عرفت الاصح عنده (قوله) —* فان تقايل المتبايعان اورد بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والدرك باق على المشتري *— اما انه له فسخ الاقالة اذا تقايل المتبايعان فقد صرح به في المبسوط والمهذب والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح لسبق حق الشفيع على حق البائع من حيث ان الشفعة استحقت بالشراء والتقايل لاحق للعقد فتقدم الشفعة فله فسخ الاقالة والاخذ من المشتري على قاعدة الشفعة ويعود الدرك على المشتري وقد يقال بتقديم الاقالة وليس تخصيص دليلها بغير صورة الشفعة باولى من العكس بل العكس اولى لعدم الخلاف في الاقالة الا ان يقال بجواز الاخذ من البائع بعد الاقالة لثبوت الشفعة وعدم المنافاة بينها وبين الاقالة. فكان البائع قد ارتكب استحقاق الاخذ منه بالاقالة ولا يضر ثبوت اخذ الشفعة عندهم من المشتري في غير هذه الصورة بل الاخبار خالية من الاخذ من المشتري بل هي ظاهرة في الاخذ من البائع وسيأتي المصنف الجزم بان الشفيع ياخذ من البائع فيما اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن وتحالفا وقال الشيخ في الخلاف ان الشفيع ياخذ من البائع فيما اذا ادعى المالك البيع وانكر المشتري وحلف فالاخذ من البائع ليس ببدع كما ياتي ومع ذلك فقد يقال ان الشفعة تبطل وقضية المسجد بالاجماع وغيرها كما تقدم لسبقها فكيف لا تقدم على الاقالة مع وجود العلة ثم ان الاخذ من المشتري واضح قد ادعى عليه الاجماع في الغنية والسرائر لانه المالك فلا يحتاج الى التنبيه عليه في الاخبار (وستسمع) ما في هذا الاجماع. وقال الشهيد في حواشيه انه يفهم من

فسخ الاقالة والرد امران (الاول) الفسخ مطلقا اي بالنسبة الى الجميع فتكون الاقالة والرد نسيا منسيا (الثاني) انه بالنسبة الى الشفيع خاصة لانها ما كان حال التصرف فيترتب اثر تصرفها عليه قال وتظهر الفائدة في النماء فعلى الاول نماء الثمن بعد الاقالة والرد للبائع ونماء المبيع للمشتري وعلى الثاني بالعكس وقال في جامع المقاصد في مناقشته ان الاقالة والرد يقتضيان الفسخ والفسخ لايتجزء فاما الصحة مطلقا او البطلان مطلقا وحيث كان الشفيع اسبق كان الوجه البطلان مطلقا انتهى (قلت) فسخ الاقالة يرفعها من حين الفسخ ولا يبطلها من اصلها كما هي قاعدة الفسوخ لنظائرها فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الاقالة وفسخها للبائع ونماء الثمن للمشتري فالوجه الاول من وجهي الشهيد لاوجه له ايضا لعدم المقتضي لرفع الاقالة من رأس بعد وقوعها من مالك يحتمل ان يؤخذ منه وان لا يؤخذ فكانت كالفسخ بالعيب لايبطل الا من حينه فان كان المحقق الثاني يوافق الشهيد في اختيار الشق الاول فقد علمت ما فيه من الفساد لانه يقضي بان يكون تصرف المشتري غير صحيح جزما بل مراعى موقوف كالفضولي وهو خلاف ما صرحوا به وانعقد عليه الاجماع بل كاد يكون هذا موافقا لابن شريح وليس به بل هو ثالث مخالف للاجماع البسيط والمركب وان كان مراد المحقق الثاني انها تنفسخ من حينها وحين الفسخ تدخل في ملك المشتري آنا ما فيكون اخذ الشفيع من المشتري كما قالوه فيما اذا تلف المبيع قبل قبضه فانه عند اول انة التلف يدخل في ملك البائع آنا ما فيكون التلف من ماله لكنهم انما التزموا ذلك هناك لمكان الخبر والاجماع على الاخذ من المشتري والاخبار هنا قد يدعى ظهورها في خلافه كما سمعت فلم يبق الا دعوى الاجماع المحصل والمنقول في الغنية والسرائر ويمكن تنزيل المنقول على ما اذا لم يتصرف المشتري لان ذلك هو المعلوم المحصل وما عداه مشكوك فيه مخالف للقواعد والاصول فما المانع من ان يقال فيما اذا تصرف فيه المشتري باقالة انه يأخذ من البائع وما اذا تصرف بهبة او بيع من المتهب والمشتري الثاني واذا تصرف بوقف من المشتري جريا على قواعد الباب وغيره اما قواعد الباب فلاجماعهم على ان تصرف المشتري صحيح غير موقوف واما قواعد غيره فان من انتقل اليه الشقص يكون مالكا له فيكون الاخذ منه وليس ينافيه الا ان الاجماع منعقد على ان الدرك على المشتري وقد قلنا انه عقوبة وقد قدمنا ان كلام القوم لاينافي ذلك ماعدى التحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة فانها لاتقبل التأويل فليلاحظ ذلك بل في كلام القوم مايدل على ذلك حيث يقولون في توجيه اخذه من المشتري لانه المالك الآن وقد انقطع سلطان البائع واما انه له فسخ الرد بالعيب فقد صرح به في المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة لان استحقاق الفسخ بالعيب فرع دخول المعيب في ملكه ودخوله في ملكه انما يتحقق بوقوع العقد صحيحا وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقترنان لان الاخذ بالشفعة والفسخ بالعيب متساويان في الثبوت لانهما فرع العقد فكان الرد بالعيب كالهبة والبيع والوقف والاقالة فرع الملك والعقد ولكن يفرق بين هذه وبين الرد بالعيب والاخذ بالشفعة انهما يثبتان قهرا من دون توقف على رضا البائع في الاول ورضا المشتري في الثاني بخلاف الهبة والبيع ونحوها فانهما يتوقفان على رضا الطرفين ولهذا قالوا ان الاخذ بالشفعة اسبق منها لكن ذلك يقضي بانه اقوى واختلفوا في انه اسبق من الرد بالعيب او هو مقارن له وكيف كان فحق الشفيع هنا مقدم بمعنى ان له ابطاله ان وقع والمنع منه ان لم يقع لعموم ادلة الشفعة الذي هو عندهم كالخاص بالنسبة الى عمومات تلك مع استصحاب الحال لان فيه جمعا بين الحقين لان العيب ان كان في الثمن المعين وفسخ البائع فانه لايمكنه الرجوع الى المبيع لاخذ الشفيع له فتعين الرجوع الى قيمة الشقص المبيع حين الرد لانه في حكم التالف وان زادت عن قيمة الثمن ولايرجع المشتري على الشفيع بالزيادة لانه يستحق الاخذ منه بالثمن كما ان الشفيع لايرجع بالتفاوت على المشتري لو نقصت فلا ضرر على المشتري ففي تقديم الشفيع واخذ الثمن منه يعود حق كل واحد منهما اليه وتمام الكلام عند تعرض المصنف لهذا الفرع لان الظاهر من كلامه هنا انما هو فيما اذا رد المشتري بالعيب في الشقص وان

ولو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالاقالة ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن وفسخنا البيع فللشفيع اخذه بما حلف عليه البائع لاخذه منه هنا (متن)

كان العيب في الشقص فالمشتري يطلب الثمن وهو حاصل له من الشفيع وليس هناك سوى الدرك وامره سهل بخلاف ما اذا قدمنا البائع في الاول فانه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عينا وقيمة وكذا لو قدمنا المشتري على الشفيع بالفسخ حتى يرجع المبيع الى البائع في الثاني لفوات حق الشفيع من الشقص عينا وقيمة ايضا أما سقوطه من العين في الصورتين فظاهر واما سقوطه بالنسبة الى القيمة فلاحتمال زيادة مثل الشقص عن الثمن المعقود به او تزايد قيمته من حين العقد الى وقت الاخذ بحسب السوق لايقال بناء على تقديم الشفيع على البائع يستحق البائع هذه الزيادة وتفوت منه حينئذ وهو مناف للجمع بين الحقوق لان المفروض انه لم يفسخ لاجلها بل بسبب العيب في الثمن ومع انجباره بالعوض حصل الرضا منه باسقاطها بخلاف الشفيع وقد استدل في المبسوط والسرائر والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها على تقديم الشفيع على المشتري بان حق الشفيع اسبق قال في المبسوط لانه وجب بالعقد وحق الرد بالعيب بعده لانه وجب حين العلم واذا كان اسبق كان احق ونحوه ما في السرائر وفيه انه يمكن ان يقال ان فسخ المشتري انما يستند الى العيب المقارن العقد والشفعة تثبت بعده فيكون العيب اسبق واقصى ما يمكن ان يقال في الجواب هو ما اشرنا اليه آنفا من ان مجرد وجود العيب غير كاف في السببية بل هو مع العقد كما ان الشركة غير كافية في سببية الشفعة بل هي مع العقد فهما متساويان من هذا الوجه وان كان قد يقال ان جانب العيب لايخلو من قوة لمقارنة العيب العقد دون الشفعة لانها بعده على تأمل في ذلك ثم انا وجدناه في جامع المقاصد بعد عدة اوراق اعترف بعدم السبق عند شرح قول المصنف فيما يأتي بعد قائمة ويحتمل تقدم حق البائع الخ (واما) ان الدرك باق على المشتري في الصورتين فلانه حق يثبت عليه للشفيع من الشارع لعقوبة او غيرها فلا يملك ابطاله وليعلم ان الابطال في الرد بالعيب يتقدر بقدره كغيره على المختار فلنا ان نقول انه يأخذ من البائع وليعلم ايضا انا ان قلنا ان الضرر بالقسمة علة كانت هذه المواضع وما يأتي بعدها من المخصصات لها لانها مما تخصص وان كان حكمة فالامر واضح وبقي هنا شيء وهو انه كيف اختار المتأخرون في غير خيار العيب من الخيارات انه اذا اختار ذو الخيار اذا كان للبائع الفسخ انفسخ البيع وبطلت الشفعة واختاروا هنا او جماعة من المتقدمين تقديم حق الشفيع وابطال الرد بالعيب للمشتري مع انه له الخيار ايضا وقد اجبنا هناك بان الخيار انما يثبت للمشتري اذا كان عيب في المبيع وللبائع اذا كان عيب في الثمن لمكان ظلامته ولم يتعلق غرض لواحد منهما بغير ذلك وذلك يزول في المبيع باخذ الشفيع وفي البائع بالرجوع الى قيمة الشقص اذ لاغرض له في الشقص سوى رد الظلامة ولا كذلك البائع اذا شرط لنفسه خيارا في ماله ولذلك قدموا هناك حق الشفيع اذا كان الخيار للمشتري اذ لاتعلق له بغير الثمن وهو حاصل من الشفيع (قوله) ﴿ ولو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالاقالة ﴾ اذا تقايل المتبايعان بعد رضا المشتري بالشراء وعفوه عن الشفعة لم تتجدد له بالاقالة عندنا كما تقدم في خاتمة البيع لانها ليست بيعا مطلقا في حق الشفيع ولا في غيره كما لاتتجدد له بالرد بالعيب لو كان قد رضي بالشراء ايضا ومن قال انها بيع مطلقا كأبي حنيفة او في حق الشفيع قال انها تتجدد بها وقد حكي عن ابي حنيفة ايضا انها تتجدد بالرد بالعيب ايضا (قوله) ﴿ ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن وفسخنا البيع فللشفيع اخذه بما حلف عليه البائع لاخذه منه هنا ﴾ يريد كما ان الشفيع ان ينسخ الاقالة والرد بالعيب كذلك له ان ينسخ النسخ الحاصل بالتحالف وقد ذكر هذا الفرع في المبسوط لبعض العامة القائلين بالتحالف اذا اقام كل من المتبايعين بينة بما ادعاه من الثمن وذكر مثل ذلك في التذكرة وقد ذكره في الكتاب مرة اخرى في اواخر الفصل الخامس وحاصله انه لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن ولم نقل بالمعروف بين اكثر الاصحاب من تقديم قول البائع بيمينه

والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه (متن)

مع بقاء العين بل قلنا بما قاله الشافعي من التحالف حيث لا بينة او به مع قيامها لكن منها ايضا وانه ينفسخ البيع حينئذ بنفسه او يتسلط البائع على فسخه كان حق الشفيع باقيا ويأخذ الشقص بما حلف عليه المشتري اما بقائه واخذه بالشفعة فلانها تثبت بالبيع وقد استحقها الشفيع فلا تسقط بما طرء بين المتبائعين مما يقتضي الفسخ كما تقدم غير مرة واما اخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري فلأن البائع يفسخ البيع اوهو ينفسخ بنفسه فيرجع المبيع اليه فيكون الاخذ منه ولو حكمنا باخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري لوجب المنع من الفسخ لانتفاء فائدته حينئذ (قال) في جامع المقاصد لانه ما كان ذلك الا حذرا من دفع المبيع بما قاله المشتري ثم انه استشكل في ذلك من وجهين (الاول) انه كيف يثبت ما حلف عليه البائع في حق الشفيع مع تكذيبه والنسخ الواقع فرع التحالف وهو في حق المتبائعين خاصة دون الشفيع (الثاني) ان البائع انما يحلف لنفي ما يدعيه المشتري لا لاثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع ثم قال نعم لو قلنا بانه يحلف يمينا جامعة للنفي والاثبات اندفع الاشكال ثم اعترض على قوله وما كان ذلك الا حذرا الخ بان فائدة اليمين والنسخ يجوز ان تكون دفع استحقاق المشتري اخذ المبيع بما قاله وهو الحقق (ونحن) نقول لا يجوز ان يكون ذلك لذلك فقط بل الغرض الاقصى له ان لا يؤخذ منه بالثمن الاقل فاذا اخذه الشفيع بما قاله المشتري فقد اخذ منه بالثمن الاقل وانما جاء النسخ بالتحالف من قبل الشارع كما هو المعروف من مذهب اكثر الاصحاب في غير ما نحن فيه والوجه فيه انتفاء كل من دعوى احدهما بيمين صاحبه ولا سبيل الى الجري على وفق اليمين وتقديم احدهما تحكم (ولما) رجع المبيع الى البائع وجب الاخذ بقوله اما اشتماله على ما يدعيه المشتري وزيادة فيكون الثمن معلوما ان قلنا بكفاية مثل ذلك في تشخيصه والعلم به او لان الاصل فيه ان لا يخرج عن يده الا بقوله والوجه الثاني من الاشكال لا وجه له اصلا لان المفروض انهما تحالفا فانفسخ العقد وانما قالوا ذلك فيما اذا قدمنا قول البائع بيمينه فانهم قالوا انه يحلف انه ما باعه بالاقل واعترضوه بان عدم بيعه بالاقل لا يقتضي صحة دعواه واثباتها بيمينه الا ان يعترف المشتري بأن العقد وقع على احد الثمنين لا غير والا حلف يمينا جامعة نعم لك ان تقول انهم حكموا في سائر المواضع التي طرء فيها النسخ بان الاخذ فيها من المشتري والدرك عليه واوجبوا عليه في بعضها قيمة الشقص للبائع وكان حقه ان يكون هنا كذلك مما ثبت وحينئذ فيكون الاخذ بما قال المشتري واي فرق بين هذه وبين ما اذا ظهر عيب في الثمن المعين ففسخ البائع الا ان تقول ان الفسخ في هذه كان بحكم الشارع وفي تلك المواضع من جهة البائع او المشتري او من جهتهما فتأمل والثمن الذي ادعاه المشتري صار كالمعدوم بيمين البائع فتأمل جيدا وهذا على ما يظهر منهم والا فقد عرفت انا لا نوافقهم على ذلك ونصحح الاخذ من البائع ونقدر الابطال بقدره وبعد فالامر في ذلك سهل لان القول بالتحالف في مثل ذلك خلاف ما عليه معظم الاصحاب وفي جامع المقاصد ان المتجه على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع وتكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري (قلت) هو كذلك اذ اكثر ادلة تقديم قول المشتري هناك جارية هنا وقد اسبغنا الكلام في ذلك عند تعرض المصنف له كما اسبغناه في مسئلتنا على مختار اصحابنا من تقديم قول البائع بيمينه مع بقاء العين وتمام الكلام في اواخر الباب وبيان عدم ذكرهم التحالف بين الشفيع والمشتري فليلحظ آخر الباب في المسئلة انتهى فليتأمل جيدا (قوله) ﴿ والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه ﴾ كما صرح بهما في المقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وسائر ما تأخر عنها الى الرياض الا ما قل كشروح النافع الاربعة وفي الاخيرين اعني الغنية والسرائر الاجماع على الحكمين لانه استحق الاخذ بالبيع وبعده انتقل الملك اليه وانقطع سلطان البائع عنه فالاخذ منه والدرك عليه لو ظهر استحقاق الشقص فيرجع عليه بالثمن وغيره على

ولو كان في يد البائع كلف الاخذ منه او الترك ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري والدرك مع ذلك على المشتري وليس للشفيع فسخ البيع والاخذ من البائع ولا تصح الاقالة من الشفيع والبائع ولو انهدم او تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة او بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الاخذ بالجميع او الترك (متن)

مافصل (قوله) —﴿ ولو كان في يد البائع كلف الاخذ منه او الترك ﴾— كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو قضية كلامهم في المسئلة الآتية كما ستسمع (قوله) —﴿ ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ﴾— كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وهو قضية كلام الكتب المذكورة في السابقة وفي الكفاية انه المشهور وانما الواجب عليه ان يخلي بينه وبينه يعني رفع يد نفسه عنه للاصل وللشافعية قول بان له ان يكلفه ذلك لان الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري فالتخلية هنا غير التخلية في البيع لانه يؤخذ منه قهرا (قوله) —﴿ ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري ﴾— كما في الخلاف والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح (قوله) —﴿ والدرك مع ذلك على المشتري ﴾— كما في الخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك وهو قضية كلام المبسوط والمهذب (قوله) —﴿ وليس للشفيع فسخ البيع والاخذ من البائع ﴾— كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والدروس والمسالك والكفاية والمفاتيح لان العقد لم يقع معه فكيف يتسلط على فسخه بغير سبب شرعي يوجبه وحقه منحصر في الاخذ من المشتري فعلى هذا لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته لاشتغاله بما ينافي الفورية لانه ليس له ذلك ولا كذلك لو كان المشتري قد باعه او دفعه فان للشفيع ان يقول فسخت البيع واخذت بالشفعة ويحتمل انه يجب عليه تقديم الاخذ على الفسخ وفي الشرائع والتحرير وتبعهما صاحب الكفاية انه لو نوى الفسخ والاخذ من البائع لم يصح ولعلهما ارادا تحرير ما في المبسوط والمهذب من انه اذا اخذها من يد البائع لم يكن الاخذ منه فسخا للبيع وان الاولى بهما التنبيه على هذا وهو انه لو نوى باخذه بالشفعة الفسخ واخذه من البائع لم يصح الاخذ لانه غير ممكن في الشرع فتبطل الشفعة لمنافاتها الفورية فتأمل وتحقيق ذلك كما هو مقتضى الاصل انه لابد من نية التملك من المشتري وان نية التملك من البائع وحده يبطلها ويبقى الكلام فيما اذا نوى التملك منهما او اطلق نية التملك من دون تقييد اصلا (قوله) —﴿ ولا تصح الاقالة من الشفيع والبائع ﴾— كما في الشرائع وجامع المقاصد والمسالك بل هو واضح لايحتاج الى التنبيه عليه لان الاقالة انما تصح ممن صدر العقد له (قوله) —﴿ ولو انهدم او تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة او بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الاخذ بالجميع او الترك ﴾— اذا اشترى شقصا من دار فاستهدم او تعيب فله احوال احدها ان يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة ولايحصل معه تلف شيء من العين كان ينشق الجدار بفعله او ينكسر الجذع ونحو ذلك كما هو صريح جماعة منهم المصنف هنا كما ستعرف وظاهر اخرين من قصر العنوان على التعيب والانهدام من دون ذكر تلف شيء من الاعيان الا ان تقول بالاستلزام ولو في بعض الاحوال او حصل تلف شيء منها كما هو صريح بعض قليل ويأتي في جامع المقاصد ان احدا لم يفرق في الضمان اذا تلف شيء من الاعيان بين كونه قبل المطالبة او بعدها كما يأتي تأملنا فيه وكيف كان فنقول في العنوان انه اذا تعيب الشقص او استهدم قبل المطالبة ففي صريح المبسوط وجامع الشرائع على تفصيل فيما تسمعه والكافي والغنية والسرائر والشرائع والارشاد والمختلف والمسالك وكذلك التذكرة بقرينة العنوان والاطلاق والدروس بقرينة الاطلاق ان الشفيع بالخيار بين الاخذ بالثمن وبين الترك وفي الغنية الاجماع عليه وفي المسالك والكفاية والمفاتيح انه

المشهور وفي الرياض انه الاشهر لانه تصرف في ملكه تصرفا سابقا فلا يكون مضمونا عليه والفائت لايقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئا كما لو تعيب في يد البائع فان المشتري يتخير بين الفسخ والامضاء بجميع الثمن وفي جامع المقاصد ان فيه نظرا لان المشتري وان تصرف في ملكه الا ان حق الشفيع قد تعلق به فيكون مافات منه محسوبا عليه كما يجب عليه عين المبيع ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه اذا تعلق به حق الغير كالرهن اذا جنى عليه الراهن وقد سبق في كتاب البيع وجوب الارش على البائع اذا تعيب المبيع في يده فينبغي ان يكون هنا كذلك وقد نبه عليه في التذكرة انتهى والضمان ظاهر النافع وفصل في الخلاف قال ان اصابها هدم او غرق وما اشبه ذلك فان كان ذلك بامر سماوي فالشفيع بالخيار بين ان ياخذ بجميع الثمن او يترك وان كان ذلك بفعل آدمي كان له ان ياخذ العرصة بحصتها من الثمن وظاهره عدم الفرق بين كونه قبل المطالبة او بعدها ولا ظهور له في الاول بقوله ياخذ او يترك (ويرد) مافي جامع المقاصد ومنه يعلم حال مافي الخلاف انه ان اراد بالحق المتعلق بالشقص حق المطالبة فمسلم ولكنه بتجرده لايوجب الضمان على المشتري فلا بد من دليل يقطع الاصل وان اراد به الملكية فممنوع اذ لاملك له قبل الطلب والاخذ ومنه يظهر مافي الخلاف في الشق الثاني على ان هذا التوجيه ان تم شمل صورة التلف بامر سماوي ايضا الا ان يقول باستثنائها بما رواه ابن محبوب عن رجل قال كتبت الى الفقيه (ع) في رجل اشترى من رجل دارا مشاعا غير مقسوم وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائبا فلما قبضها وتحول عنها انهدمت الدار وجاء سيل خارق فهدمها وذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فاعطاه الشفعة على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها فقال ضع عني قيمة البناء فان البناء قد انهدم وذهب به السيل وما الذي يجب في ذلك فوقع عليه السلام ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاء الله تعالى لكن الذي استقر عليه رأيه الضمان مطلقا كما يأتي فلا يكون عاملا بالخبر والخارق بالمهملتين كأنه بمعنى الشديد وان كان بالخاء المعجمة كان بمعنى الخارق للعادة والشيخ رحمه الله ترك هذا الخبر (واستدل) بالخبر العامي النبوي الذي فيه فشريكه احق بالثمن قال فثبت انه ياخذه بذلك الثمن فمن قال ببعضه فقد ترك الخبر ولعله اراد الرد على العامة بما رووه والا فهذا المتن موجود في حسنة الغنوي ثم ان اطلاق الادمي في كلام الخلاف يشمل المشتري وغيره ولعله لايقول به في غيره والتنظير بالمبيع الذي حدث فيه العيب بعد العقد وقبل القبض تقريبي والا فرق تام بين الشفيع والمشتري وما سبق في كتاب البيع من وجوب الارش على البائع ليس محل وفاق بل هو مشهور بين المتأخرين في باب البيع والاجماع في الخلاف والمبسوط منقول على خلافه والظاهر ان المشهور خلافه ايضا في باب الغصب ولم تحضرني كتابتي فيه الآن وفي جامع المقاصد كيف كان فني اجماع الغنية فيما نحن فيه المعتضد بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل من لايعمل الا بالقطعيات كأبي الصلاح وابي المكارم وابي عبدالله مع موافقة القواعد والاصل المؤيد باطلاق مادل على لزوم الاخذ بالشفعة بالثمن وندرة المخالف غنية وبلاغ وذلك ان تقول ان قواعد الشفعة انما هي اخذ جميع المبيع بجميع الثمن الا ماكان بدون تقصير من المشتري ولا بفعله وقد اختبرت في باب البيع ان الاجزاء تقابل بالاجزاء والاوصاف لكان الخبر المنجبر بالشهرة (وقضية) ذلك موافقة جامع المقاصد لولا ماعرفت ويأتي بيان المراد من المطالبة والضمان في الثالث من الاحوال لكنه يبقى شيء وهو انه لو علم المشتري انه لاضمان عليه لهدم الدار المشاركة الشفيع في الطريق او قسمها باذن الحاكم اذا كان الشفيع غائبا او صغيرا او لم يرفعها حجر على حجر واكثر فيها من الخزر بحيث لايقدم عاقل على اخذها بالثمن والشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشريك وذلك مناف له فيمكن حمل كلام الاصحاب على ما اذا كان جاهلا بالشفعة او تقول انه لايفعل ذلك ولو علم بالشفعة اذا كان عاقلا لانه اضرار بنفسه ايضا اذا لم ياخذها الثاني ان يتعيب كذلك بغير فعله مطلقا سواء كان قد طالب الشفيع ام لا بامر سماوي ام بفعل ادمي ففي المبسوط وجميع ماذكر بعده على نحو ماعرفت مع زيادة النافع ان الشفيع يتخير ايضا بين الاخذ بالجميع او الترك وفي الغنية الاجماع عليه وفي الكفاية انه المشهور وفي

والانقاض للشفيع وان كانت منقولة وان كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي (متن)

جامع المقاصد التأمل في ذلك ايضا مستندا الى ماتقدم له من الاستدلال وقال ان الذي يقتضيه النظر ثبوت الارش في الصورتين وستسمع ان مراد جماعة بضمان غيره ولم يحك عنه ذلك هنا في المسالك وانما حكاه في الصورة الاولى ولذلك نسب اليه شيخنا في الرياض الوفاق هنا وينبغي ان يكون الشيخ في الخلاف مخالفا هنا ايضا كما يقتضيه اطلاق الادمي في كلامه كما نبهنا عليه آنفا حجة الاصحاب بعد ما عرفت فيما تقدم المرسل المنجبر بالعمل وقد اسمعناكه آنفا اذ العموم فيه لغوي وهو مما يستقل وان اتصل فلا يخصصه الورد وينبغي ان يحمله جماعة على عدم تلف شيء من الاعيان لكنه خاص فيما قبل المطالبة ويأتي الحال الثالث ﴿ قوله ﴾ ﴿ والانقاض للشفيع وان كانت منقولة ﴾ عندنا كما في المسالك وبذلك صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها لانها جزء المبيع ولا يضر كونها منقولة الآن اذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعا كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي ﴾ هو خيرة الكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع وجامع الشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف والدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وفي المختلف وجامع المقاصد والرياض انه المشهور وفي المسالك والكفاية انه اشهر وفي الغنية الاجماع عليه مع التقييد فيها وفي الكافي والسرائر بالعلم بالمطالبة ولا يفهم من التذكرة في ذلك شيء وقد اختلفت هذه الكتب في معنى الضمان ففي الكافي والغنية والسرائر انه يجب رده الى اصله وما كان عليه وهذا انما يتم فيما اذا كان الهدم قليلا كما تقدم في باب الغصب وفي الشرائع والتحرير انه يضمن الانقاض ومعناه انه يسقط ما قابلها من الثمن كما في المسالك والكفاية ولعل مرادهما في الشرائع والتحرير انه يضمن الارش كما فهمه في الايضاح من الشرائع وكما صرح به في جامع المقاصد وفي مثله في التذكرة وعليه نبه في مجمع البرهان بقوله انه يضمن التخريب والتعيب وكل ما ينقص وله عوض وعلى ما فهموه من الشرائع ينبغي ان يحمل قوله في النافع اخذ بحصته من الثمن جما وان كان خلاف الظاهر والاولى بقائه على ظاهره واقتصر في البقية على ذكر ضمان المشتري (وقد) قال في جامع المقاصد ان كلامهم هذا يشعر بان المشتري يضمن قيمة التالف (وقال) في الرياض في شرح كلام النافع وان كان الهدم بفعل المشتري بعد مطالبة الشفيع بالشفعة فالمشهور ضمان المشتري يعني اخذ الشفيع الباقي بعد التلف بحصته من الثمن وسقوط ما قابل التالف منه انتهى وهذا يقضي بانه قد تلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن والمفروض في كلام جماعة وكلامه في الرياض كما يظهر لمن لحظ آخره ان المسئلة فيما اذا لم يحصل تلف شيء من العين يقابل بشيء من الثمن ولعل اختلافهم في الضمان انما كان لان التعيب والانهدام قد يكون بدون تلف شيء من الآلات وقد يكون بتلف بعضها كان يحرق المشتري سقف البيت ثم ان الآلات تجري عند جماعة منهم مجرى اطراف العبد وصفاته فتكون من قبيل انشقاق الجدار لا يتقسط عليها الثمن وعند جماعة انها يتسقط عليها الثمن كاحد العبدين فتأمل وقد نسب جماعة كالمحقق الثاني والشهيد الثاني الخلاف في المسئلة الى ظاهر كلام الشيخ وقيده الثاني بالمبسوط وفي المفاتيح اليه على البت وقال في الشرائع قيل لا يضمن لانه لا يملك بنفس المطالبة بل بالاخذ ونسب في الايضاح الخلاف اليه في الخلاف والموجود في المبسوط اذا اشترى شقصا فوجب للشفيع فيه الشفعة فاصابه نقص او هدم قبل ان يأخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين ان يأخذه ناقصا بكل الثمن او يدع سواء في ذلك كان هدمها المشتري او غيره او انهدم من غير فعل احد وكذلك ان احترق بعضها او كانت ارضا فغرق بعضها فللشفيع ان يأخذ ما يبقى بجميع الثمن او يدع

لانه انهلك بامر سماوي فما فرط فيه وان هدمه هو فاغا هدم ملك نفسه واذا اخذه بالشفعة اخذ ما اتصل به وما انفصل عنه من آلاته لانه جميع المبيع وقيل انه بالخيار بين ان ياخذ الموجود بما يخصه من الثمن او يدع والذي يقوى في نفسي انها اذا انهدمت وكانت آلاتها باقية فانه ياخذها وآلاتها بجميع الثمن او يتركها وان كان قد استعمل آلاتها المشتري اخذ العرصة بالقيمة وان احترقت اخذ العرصة بجميع الثمن او يترك فالذي استقر عليه رايه انه حيث تتلف الآلات باستعمال المشتري اخذ العرصة بحصتها من الثمن وان لم يكن بفعله اخذ بالجميع او يترك وحيث تبقى الآلات ياخذ بجميع الثمن او يترك سواء كان ذلك بامر سماوي اومن المشتري او غيره وبهذا التفصيل افتى في جامع الشرائع وهو من اتباعه دائما الا ما قل وقضية كلام المبسوط ان ذلك كله اذا لم ياخذ الشفيع بالشفعة لمكان التقييد بذلك في اول كلامه وقضيته في بعض مفاهيم الشرط انه ان اخذ بالشفعة ضمن المشتري بقرينة القيد ومعنى عدم اخذه بالشفعة انه ما تعرض لها لعدم علمه او لغيره لانه قال اني مطالب واريد بعد لحظة او ساعة مثلا ان اشفع لان ذلك يسقطها عنده لمنافاته الفورية ومذهبه في كتبه الثلاثة انها على الفور فالقول الذي حكاه المحقق في الشرائع ودليله ليس للشيخ في كتابيه وقد تبعه الجماعة واعلهم انما لحظوا اول كلامه وقالوا ان قوله قبل ان ياخذ بالشفعة انتهى يشمل ما اذا كان قبل المطالبة وبعدها فالحاصل ان الشيخ في المبسوط ليس مخالفا ولا وجه لما في المختلف وجامع المقاصد والمسالك من ان قوله في المبسوط اخذ العرصة بالقيمة يحتمل اخذها بجميع القيمة وبحصتها من الثمن بعد مقابلتها بقوله وان احترقت اخذ العرصة بجميع الثمن بل يتعين الثاني بقرينة المقابلة والتفصيل فلا اقل من ان يسكتوا عن الشيخ ولا ينسبوا اليه في المسئلة وفاقا ولا خلافا والعبرة بآخر كلامه وكلامه الاخير نص في تلف شيء من الشقص يقابل بشيء من الثمن وهو خلاف المفروض في كلام هؤلاء وان لحظوا آخره والقيد في اوله كان موافقا عملا باطلاق المفهوم والذي اوقع من تاخر عن المختلف فيما نسبوه الى المبسوط ما حكاه عنه فيه فانه لم يحكه بتمامه ولا على وجهه واما الخلاف فالظاهر من اطلاق كلامه فيما نحن فيه عدم الخلاف قال كما سمعت وان كان بفعل ادمي كان له ان ياخذ العرصة بحصتها من الثمن فيكون كلامه هذا ككلامه في النافع في هذا قال وان كان بفعل المشتري اخذ بحصته من الثمن لمكان الضمان في الجملة محل وفاق وانحصر الخلاف او الميل اليه في شيخنا صاحب الرياض كما ستسمع كلامه وكيف كان فالحجة للاصحاب ان الشفيع استحق المبيع بالمطالبة اعني الاخذ بالشفعة ودخل في ملكه فاذا انتقض بفعل المشتري ضمنه ووجهه في جامع المقاصد وتبعه جماعة بان الشفيع استحق بالمطالبة اخذ المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا انتقض بفعل المشتري ضمنه ولم اجد احدا استدل به قبله وهو غير جيد اذ المراد بالمطالبة في الباب عند من يقول بالفورية الاخذ بالشفعة كما نبه عليه في المبسوط وكما ارادوا ذلك من هذه الكلمة فيما تقدم كما تقدم وياتي بل قال المحقق الثاني والشهيد الثاني فيما سلف انه لو اشتغل بالمطالبة عن الاخذ بطلت شفعته فيما حكياه وغيرهما عن ظاهر المبسوط او عن الخلاف من انه لا ضمان لان الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالاخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفا صحيحا وهم في وهم لانك قد علمت ان ظاهره في الكتابين الضمان في الاول بالمفهوم مع ملاحظة آخر كلامه والذي قوي في نفسه وفي الثاني بالاطلاق وانه لم يذكر فيهما المطالبة بل هي عنده بالمعنى ارادوه تخل بالفورية كما عرفت وصاحب الرياض بعد ان نقل حكاية ذلك عن الشيخ وان الاخيل يوافقه لانه يقضي بالمصير الى التملك بالاخذ لا بالمطالبة قال وهو في غاية القوة سيما بعد اعتضاده باطلاق ما دل على استحقاق الشفعة بتمام الثمن ونحن نقول انه على ما فهمه منه في غاية الضعف لما عرفته من ان المراد بالمطالبة الاخذ بالشفعة وقوة دليله وانطباقه عليه مع انه لا وجه لاخذه الثمن كله في مقابلة ما بذل فيه بعضه مع استعمال المشتري له وانتفاعه به وهو في ملك الشفيع ان هو الا ظلم وضرر وخروج عن مقتضى قواعد الشفعة اذ هي اخذ جميع المبيع

اما لو تلف بعض المبيع فالاقرب انه ياخذه بحصته من الثمن وان لم يكن بفعل المشتري (متن)

بجميع الثمن مع عدم الاضرار الا اذا قلنا ان التالف لاقسط له من الثمن وهو خلاف المفروض في كلامه حرسه الله تعالى ومسئلتنا هذه هي الثالث من الاحوال وليعلم ان كلام الاصحاب في هذه المسائل غير محرر على ما يظهر لانهم ان ارادوا بالمطالبة في هذه المسائل معناها الحقيقي لم يتضح ضمان المشتري في الحال الثالث لان المفروض انه لم يتلف منه شيء وان المطالبة لم تؤثر ملكا فحاله كحاله قبل المطالبة وان كان المراد بها الاخذ والتملك اتجه الحال الثالث واشكل الحال الثاني لانه بعد صار ملكا للشفيع وقد تعيب المبيع بامر سماوي او غيره كيف يتسلط الشفيع على التخيير بين الترك والاخذ بالجميع وانه يحتاج الى دليل قوي والمرسل ظاهر في التلف وكانه صريح فيما قبل الاخذ فليلحظ اقصى ما يمكن ان يقال ان الشفيع لم يقبضه فاشبه المبيع فليتأمل جيدا وستعرف حال ما اذا تلف قبل المطالبة او بعدها (قوله) ﴿ اما لو تلف بعض المبيع فالاقرب انه يأخذه بحصته من الثمن وان لم يكن بفعل المشتري ﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وظاهر الايضاح وفي الكفاية انه اشهر والمخالف الشيخ في كتبه الثلاثة اما الخلاف والمبسوط فقد سمعت ما فصله فيهما وان في كل منهما تفصيلا غير الآخر والمصنف في المختلف ان كان موافقا للمبسوط في جميع ما قال على ما هو الظاهر منه كان مخالفا (وقد) عرفت انه لم يحكه على وجهه وانه لامعنى لاحتماله في قوله اخذ العرصة بالقيمة الوجهين (وقد) عرفت ان صاحب جامع الشرائع وافق المبسوط واما النهاية فقد قال فيها فان كان المبيع قد هلك بآفة من جهة الله اوجهة من غير جهة المشتري اوهلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له ان ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع ولزمه توفية الثمن على الكمال وقال في التحرير ولو تلف بعضه كانهدام المبيع او تعيبه فان كان بغير فعل المشتري او بفعله قبل المطالبة تخير الشفيع بين الاخذ بكل الثمن وبين الترك لابحصة الموجود من الثمن وان كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري النقص ويحتمل ضمانه اذا فعل ذلك قبل المطالبة وكذا ان كان بفعل ادمي غير المشتري لانه يرجع ببدله الى المشتري فلا يتضرر انتهى (وقضيته) انه ان كان بامر سماوي لايضمن وقد عمم التلف بحيث يشمل الانهدام والتعيب وتلف بعض الاعيان او اجمله وفصل بما قبل المطالبة وبعدها واقتضى كلامه الفرق بين السماوي وغيره بل قد يقال ان الخلاف والتفصيل بما قبل المطالبة وبعدها قد يظهر من النافع بل والشرائع بل وغيرهما عند امعان النظر في كلامهم لكن قال في جامع المقاصد لم يفرق احد هنا وهو فيما اذا كان التالف بعض العين بين كونه قبل المطالبة وبعدها وظاهر ان هذا الفرق في الاولى غير واضح انتهى فتأمل (ولعله) لم يلحظ كلام التحرير او يتأوله وكذلك ما يحتمل ان يكون مثله فتأمل وكيف كان فالدليل على مختار الكتاب وما وافقه في ما نحن فيه وهو ما اذا تلف بعض العرصة بسيل ونحوه او احترق سقف البيت او حرقه على القول بان الابنية كاحد العبدين المبيعين ان ايجاب الثمن كاملا في مقابلة بعض المبيع يستدعي دفع احد العوضين لا في مقابلة العوض وذلك اكل مال بالباطل ونحن نقول ان كان التلف المذكور بفعل المشتري بعد اخذ الشفيع بالشفعة فلا ريب في الضمان وما عدا ذلك فقضية ما تقدم لنا غير مرة ان قواعد الشفعة تقضي باخذ جميع المبيع بجميع الثمن وان الاجزاء تقابل بالاجزاء والاوصاف ان توافق الكتاب الا فيما اذا لم يكن التلف بفعل المشتري ولا بتقصيره لمكان المرسل وغيره فلا يصح على المختار الاستدلال على عدم الضمان باطلاق ما دل على استحقاق الشفعة بتمام الثمن وبانه يدفعه في بعض الصور اطلاق الخبر المعتبر المرسل المتقدم ولم يعم اجماع في المقام كما تمام في مسئلة الاستهدام ام بفعل المشتري قبل المطالبة حتى نوجهه بذلك كما تقدم وليعلم ان كلام الاصحاب هنا ايضا غير محرر لانهم حكموا بعدم ضمان المشتري في الحال الاول والثاني بناء على ان التالف من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن وهو مبني على ان العقد لا يوجب ضمان الاجزاء او الصفات لعدم مقابلتها بالثمن

ولو بنى المشتري او غرس بان كان نائبا او صغيرا او طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه وليس عليه طم الحفر ويحتمل وجوبه لانه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه (متن)

وانما المقابل به هو الجملة وهو اختيار لاحد القولين في المسئلة والقول الآخر ان العقد اوجب ضمان الاجزاء والصفات وان الثمن يقابل بها وعلى القولين وقع الخلاف في لزوم الارش وعدمه اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا تعيب المبيع بعد العقد وقبل القبض وفيما اذا تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري في زمن خياره وفيما اذا تعيب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلا فرجع عليه به المالك فانه يرجع به على الغاصب ان كانت الجملة مضمونة فقط وان كانت الاجزاء والصفات مضمونة بالعقد لا يرجع الى غير ذلك وبنوا عليه هنا ايضا مسئلة عدم وجوب طم الحفر كما يأتي بعد مسئلتنا بلا فاصلة وكلامهم في مسئلتنا بضمان المشتري ما اذا تلف بعض المبيع مبني على ان الاجزاء تقابل بالاجزاء فكانت هذه المسائل مختلفة في المبني من دون تقادم عهد ولم يقع ذلك لواحد بل لجماعة كما عرفت وستعرف وعساك تقول كيف اختلفوا في ان الاجزاء والصفات مضمونة او غير مضمونة واتفقوا في باب العيب على انهما معا مضمونتان (قلت) سبب هذا الاتفاق جهل المشتري بالعيب السابق على العقد وهو انما اشترى على الاصل والغالب وهو السلامة فان كان البائع عالما كان مغرورا ايضا فاثبت له الشارع لمكان جهله الرد ان لم يتصرف والارش ان تصرف والمسائل التي اختلفوا فيها حدث العيب فيها بعد العقد (قوله) ﴿ ولو بنى المشتري او غرس بأن كان غائبا او صغيرا او طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه ﴾ كما في المبسوط وغيره بلا خلاف اجده ووجهه ظاهر لانه ملكه فله ان يفعل فيه ما يشاء ومن صور التسلط غير ما ذكره المصنف هنا وفي التذكرة من كذبه في الاخبار فعفى او في الاتهاب فظهر البيع او قاسمه وكيله وخفي عنه وجه الحظ في الأخذ بالشفعة فيجيئ الموكل فيظهر له الوجه ما اذا كان الملك متنوعا مقسوما وقد اشتركا في النهر او الطريق (قوله) ﴿ وليس عليه طم الحفر ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة في اول كلامه لانه لا يضمن العيب الذي فعله قبل الطلب لانه انما تصرف في ملكه وما حدث فانما حدث فيه مما لا يقابل بالثمن وانما يقابل الثمن سهام الارض من نصف وثلث وربع وهكذا على ان في القلع مصلحة الشفيع لان فيه تفريغ الشقص لاجله وهذا ما اشرنا اليه آنفا (قوله) ﴿ ويحتمل وجوبه لانه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه ﴾ هو خيرة ابي علي وهو قوي متين ان لم يقم اجماع على خلافه والظاهر عدمه وقد مال اليه او قال به في مجمع البرهان واستظهر ايضا انه يجب الارش على المشتري لو حصل في الارض نقص بالقلع سواء طالبه الشفيع بالقلع او كان الطالب له المشتري لما ذكر ولان الشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشفيع وتجويز امثال ذلك مناف له اذ له حينئذ ان يكثر من البناء والغرس بحيث يستلزم قلع ذلك ان تكثر الحفر ويعظم الضرر الذي لا يقدم عليه عاقل ثم قال نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة ثم امر بالتأمل لان وجدانه لا يغني من جوع نفسه فكيف يغني من جوع غيره (قلت) قد تقدم لنا نحو ذلك وقلنا ان المشتري لا يكثر من ذلك اذا كان عاقلا لكن يؤيده انه قد حكى في التذكرة عن ابي حنيفة والثوري انه ان لم يقلع المشتري انه يجبره الشفيع على قلعه ولا يعطيه ارش ما نقص بالقلع وقد نقى عنه البأس في التذكرة وقضيته ان يكون عليه طم الحفر وارش نقص الارض وان لا شيء له على الشفيع وان انكسر بالقلع وخرج عن الانتفاع به بشرط عدم التعدي والتفريط كما اذا ظهرت الارض مستحقة وحكى في جامع المقاصد والمسالك عن المختلف انه فصل بانه ان كان القلع لطلب الشفيع لم يجب الطم لان طلبه القلع يتضمن الاذن في الحفر وليس هو كالغاصب لانه غير عاد بفعله وان كان القلع من المشتري ابتداء وجب لان النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحته من غير اذن من الغير فيجب

اما نقص الارض الحاصل بالغراس والبناء فانه غير مضمون لانه لم يصادف ملك الشفيع ويأخذ الشفيع بكل الثمن او يترك ولو امتنع المشتري من الازالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال (متن)

اصلاحه وقوّاه بل قال في الاول انه صرح به في التذكرة وقد سمعت ما في التذكرة والموجود في المختلف مانصه والمختار ان نقول ان اختار المشتري القلع كان له ذلك وعليه ارش مانقص من الارض بذلك وطم الحفر لانه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره وقوله انه تصرف في ملكه قلنا انه ممنوع بل تصرف بالقلع في ملك الشفيع فكان عليه ارشه نعم تصرفه بالغرس صادف ملكه فلم يكن عليه غرم من اجرة وغيرها ولو اختار الشفيع القلع فالاقرب عدم وجوب الارش اي ارش الغرس عليه لان التفريط حصل من المشتري حيث غرس في ارض متزلزلة الملك ولانه غرس في حق غيره بغير اذنه فاشبه مالو بانت الارض مستحقة وقوله (ع) لاضرر ولاضرار مشترك بين الشفيع والمشتري فلا يختص به احدهما انتهى ولم يتعرض فيما اذا اختار الشفيع القلع لطم الحفر بنفي ولا اثبات فكلاهما محتمل بل قد يظهر منه ان له الزام المشتري بطم الحفر فتدبر ولا ترجيح في الايضاح والدروس وقد تقدم في مثله في العادية ويأتي في مثله في الاجارة ماله نفع تام في المقام وقد اسبغنا الكلام في البابين (قوله) =*﴿ اما نقص الارض الحاصل بالغراس والبناء فانه غير مضمون لانه لم يصادف ملك الشفيع ويأخذ الشفيع بكل الثمن او يترك ﴾*= كما في جامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام المختلف وقد سمعته آنفا (وقال) في التحرير ليس عليه ارش النقص وهو يحتمل ارش نقص الارض بالغراس ويحتمل بالقلع وفي المسالك ان فيه قولين وان هذا اشهر فلعله اخذ الاشهر به من اطلاقاتهم (واما) القول الآخر فلم نجده ولعله اخذه من الخلاف في مسئلة التعيب والاستهدام لان حجتهم على مانحن فيه ان هذا الناقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستهدام وانه تصرف في ملك نفسه فلا يتعقبه ضمان نعم لوكان ذلك بعد المطالبة اتجه القول بضمانه على ماسبق في مسئلة الاستهدام والتعيب ويلزم على مختارنا الضمان اذ الاجماع يخرج عنه كما في مسئلة الاستهدام والراجب عليه في جامع المقاصد النظر في ذلك كما نظر فيه هنالك (واما) نقص الارض الحاصل بالقلع فالشيخ في المبسوط على عدم ضمان الارش ونسبه في جامع المقاصد اليه والى جماعة وفي المسالك الى ظاهر الشرائع وقال وبه صرح الاكثر ولم نجد مصرحا به غير الشيخ في المبسوط بعد فضل التتبع نعم قد يظهر ذلك من اطلاق قولهم ان الشفيع يملك اجبار المشتري على القلع بعد بذل الارش حيث لم يتعرضوا لارش نقص الارض بالقلع فتأمل او لانه كنقصها بالغرس ويشهد لذلك انه اقتصر في الدروس في حكاية ذلك على الشيخ وعبارة التحرير محتملة كما عرفت وقد سمعت مافي المختلف من وجوب الارش ان كان ذلك باختيار المشتري وهو خيرة جامع المقاصد وقد سمعت مافي التذكرة عن ابي حنيفة وما يلزمه وما في مجمع البرهان وهو الاقوى لما عرفت غير مرة ولا ترجيح في الدروس (قوله) -*﴿ ولو امتنع المشتري من الازالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال ﴾*- قال في الايضاح الاشكال هنا في موضعين (الاول) في القلع وينشأ من ان حق الشفيع اسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب ومن ان المشتري تام الملك قبل اخذ الشقص ولهذا ملك النماء ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لاشفعة عليه وجواز انتزاعه من يده ليس موجبا لتعديه ونقض بنائه والا لثبت في الموهوب اذا غرس او بنى ورجع الواهب ومراده انه يبقيها اجماعا على القول بالجواز ولان الشفعة موضوعة لازالة الضرر فلا يزال بالضرر انتهى وحاصله ان الشفيع لايملك قلعه وهو الذي حكاه الشهيد عن الشيخ كما ستسمع في آخر المسئلة وقال انه يجاب الى التملك بالقيمة (الثاني) في وجوب الارش مع القلع وينشأ من انه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع والى هذا ذهب الشيخ في المبسوط ومن ان التفريط حصل من المشتري حيث غرس في ارض

وبين بذل قيمة البناء والغرس ان رضي المشتري ومع عدمه نظر (متن)

منزلة المالك واختاره في المختلف انتهى وقال في جامع المقاصد الظاهر انه لا اشكال في القلع وحكي عن ولد المصنف الاستشكال فيه وقال الظاهر انه وهم اذ لا يتصور وجوب البقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص الا ان يتخيل وجوب قبول الاجرة على الشفيع او وجوب دفع القيمة عليه وان لم يرض وبطلان هذا اظهر من ان يحتاج الى بيان انتهى (قلت) اما ثبوت حق القلع للشفيع فظاهر اذ لولاه لزم الضرر العظيم هذا يدفع الثمن وذاك يستحق المنفعة على الدوام بل هو اعظم من نفي الشفعة بالكلية لكن لها مانع من وجوب قبول الاجرة كما في المتهب اذا غرس وبنى ورجع الواهب ولعل نظره في الايضاح في الابقاء بالاجرة الى ما في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتذكرة من انه له اجباره على القلع اذا رد عليه ما نقص لانه حينئذ لا خلاف في ان له مطالبته بالقلع وان لم يرد لم يكن له ذلك كما في المبسوط والتذكرة وليس على وجوب القلع حينئذ دليل كما في الثلاثة الاخر وقضيته انه ان لم يرد لم يكن له القلع وهو قضية مفهوم عبارات المتأخرين كما ستسمع ولا بد من ان يقول هؤلاء جميعا انه يجب حينئذ على الشفيع ابقائه بالاجرة اذ من البعيد جدا ان يقولوا يجب عليه ابقائه مجانا الا ان تقول ان تخييرهم الشفيع بين الامور الثلاثة يقضي بانه يلزم بالابقاء من دون اجرة والا لذكروا ذلك (رابعا) ولعل الوجه في ذلك انه على القول بان الشفيع يجب عليه ارش النقص بالقلع انه يلزم انه لا يملك طلب الاجرة على الابقاء لان القلع لا يسوغ الا مع بذل الارش فما دام لا يبذله فالابقاء واجب عليه وقد تمنع الملازمة وفي الزامها على الابقاء بالاجرة حيث يحصل الامتناع من الامور الثلاثة جمع بين الحقين وفي قول المصنف فيما سيأتي او يقوم الغرس مستحقا للترك باجرة يرشد الى ذلك بل قد نقول انه يقدم على بعض الثلاثة كما يأتي في الزرع فليتأمل اذ لعلك تقول انه ليس في ذلك كله شهادة على ما يدعيه في الايضاح فتدبر ونظره في الوجه الثاني من وجهي الاشكال الاول الى ما حكاه قولا في التذكرة من ان عليه ان يبقيه في الارض باجرة ومعناه انه لا يجوز له اجباره على القلع بارش ولا بدونه ثم ان ايجاب قبول الاجرة او دفع القيمة كما في الشق الثاني على الشفيع وان لم يرض ليس باعظم من ايجاب قبول القيمة على المشتري وان لم يرض كما يأتي من نسبته الى الاكثر على انه انما يقول بالابقاء مع الاجرة فنسبة فخر الاسلام والمحققين الى الوهم كما ترى وكيف كان فمما اختير فيه ان الشفيع يملك اجبار المشتري على القلع اذا بذل ارش نقص الغرس اذا امتنع المشتري من القلع الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر كما عرفت والشرائع وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة في اول كلامه والدروس وجامع المقاصد والمسالك وقد يظهر ذلك من كلام ابي علي وفي الاخير انه اشهر ونفاه أي الارش في المختلف كما عرفت ونفى عنه البأس في التذكرة كما سمعت وقال في التحرير لو قيل به كان وجها وقد سمعت ما في مجمع البرهان ولا ترجيح في الايضاح وخيرة المختلف اشبه باصول المذهب لان المشتري قد أقدم على الغرس والبناء واخفى ذلك عن الشفيع مع علمه باستحقاقه فقد أقدم على اضرار نفسه وما ضره أحد ولا وجه للتنظير بالمستعير كما صنع جماعة فانه ما بنى ولا غرس الا باذن المعير فتأمل جيدا على انه قد استشكل فيه هناك المصنف وولده والشهيد كما تقدم ثم ان هذا القول أي القلع بلا ارش قول قديم حكاه يحيى بن سعيد في الجامع (قوله) ﴿ وبين بذل قيمة البناء والغرس ان رضي المشتري ﴾ كما في التحرير والشرائع والتذكرة ولا بحث في ذلك كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ومع عدمه نظر ﴾ يريد انه مع عدم رضى المشتري بالقيمة فهل يملك اخذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها فيه نظر ينشأ من انها معاوضة فتفتقر الى رضا المتعاوضين ومن ان ذلك اقرب الى مصلحة كل منهما لان فيه جمعا بين الحقين ودفعا للضرر العظيم اللازم لكل منهما بقلع البناء والغرس والاول اصح كما في

وبين النزول عن الشفعة فان اتفقا على بذل القيمة او اوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الارض ولا مقلوعا لانه انما يملك قلعه مع الارش بل اما ان تقوم الارض وفيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه او ما نقص منه ان اختار القلع او يقوم الغرس مستحقا للترك باجرة او لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه (متن)

الايضاح واقوى كما في جامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام التحرير والشرائع والتذكرة حيث لم يذكرا الا بعد بذل القيمة مع الرضا وكأنه مال اليه او قال به في الدروس حيث قال ان قول الشيخ مشكل وقد نسب الثاني في الايضاح الى جمهور اصحابنا وفي جامع المقاصد الى اكثرهم ولم نجد لذلك ذكرا في غير ما ذكر الا في المبسوط وقد يظهر ذلك من ابي علي قال في المبسوط قلنا للشفيع انت بالخيار بين ثلاثة اشياء بين ان تدع الشفعة او تأخذ وتعطيه قيمة الغرس والبناء او تجبره على القلع وعليك قيمة مانقص وهو باطلاقه يتناول صورة الرضا وعدمه وان كان قد يدعي تبادر الاولى لاسيما مع ملاحظة اصول المذهب ولكنهم فهموا منه شمول الصورتين وقد صرح بعدم التوقف على الرضا في مثله في مزارعة الخلاف والمبسوط وادعى عليه في الاول اجماع الفرقة واخبارهم كما اسبغنا الكلام في ذلك في باب الاجارة وتقدم لنا مثله في باب العارية وقال ابو علي فيما حكي كان الشفيع مخيرا بين ان يعطي قيمة ما احدثه المشتري وبين ان يترك الشفعة الخ ولم يتعرض لشيء من ذلك في المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والارشاد وقد سمعت ما في الشرائع والتذكرة والتحرير وهؤلاء المتقدمون على الايضاح فاين ما نسبه فيه الى جمهورهم (واما) الشهيد المتقدم على جامع المقاصد فقد عرفت انه مال او قال انما ذلك في صورة الرضا مع انه قد قصر الحكم بذلك اي انه يجاب اذا بذل القيمة على الشيخ ولو وافقه غيره لربما ذكره وهو مما يشهد على صحة تتبعنا فيه (قوله) =*﴿وبين النزول عن الشفعة﴾*= هذا مما لا كلام فيه كما في المبسوط ولا بحث كما في جامع المقاصد وهو واضح كما في المسالك وظاهرهم ان ذلك له وان كان بعد اخذه بالشفعة لانه له ان يمتنع من القلع و بذل الارش ومن بذل القيمة نعم ان بذل له المشتري الغرس مجانا كان له ان يمنعه من الفسخ والنزول عن الاجرة (قوله) =*﴿ فان اتفقا على بذل القيمة او اوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الارض ولا مقلوعا لانه انما يملك قلعه مع الارش بل اما ان تقوم الارض وفيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه او ما نقص منه ان اختار القلع او يقوم الغرس مستحقا للترك باجرة او لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ﴾*= كما صرح بذلك كله في التحرير وكذا الدروس ولعل غرضهما بيان ذلك التعريض بما في المبسوط قال فيه ان اختار الاخذ ودفع القيمة اخذ الشقص بالثمن المسمى و يأخذ ما احدثه المشتري بقيمته حين الاخذ سواء كانت القيمة ما انفقه المشتري او اقل لانه اذا كان الاخذ بالقيمة كان اعتبار القيمة حين الاخذ انتهى فيكون غرض المصنف ان المراد معرفة قيمته السوقية حين الاخذ لان المرجع فيها الى الصفات الثابتة للغرس حين الاخذ لانها مناط الشرعيات فلا يقوم مستحقا للبقاء في الارض اذ لا يستحق ذلك ولا مقلوعا لان الشفيع لا يملك القلع الا بالارش فالطريق عنده الى ذلك امران (الاول) ان تقوم الارض وفيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع واورد عليه في جامع المقاصد والمسالك بانه قد يكون بضميمة كل من الغرس والارض الى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الارض خالية حقا للمشتري وفيه ان الشفيع انما يستحق الارض فقط والهيئة الاجتماعية كلها للمشتري لانها انما حدثت في ملكه ولانه

ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت اسبق تقصر قيمته عن تامه في آخر فله ذلك ولو غرس المشتري او بنى مع الشفيع او وكيله في المشاع ثم اخذه الشفيع فالحكم كذلك (متن)

لايضمنها لو قلع قطعا ولوكان للشفيع فيها نصيب لضمنها ثم قال المورد فالوجه الاسلم ان تقوم الارض وفيها الغرس ثم يقوم كل منهما منفردا فان بقي من مجموع القيمتين بقية قسمت عليهما على نسبة كل من القيمتين فاذا كانت قيمة المجموع مائة والارض اربعين والغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة للارض اربعة اتساعها والغرس خمسة اتساعها او تقوم الغرس قائما غير مستحق للقلع الا بعد بذل الارش وما ينقص عن هذه القيمة بالقلع ارشه لكن حيث تقوم والغرس فيها لم يبينوا لنا ماذا يلحظ في الغرس فان له احوالا (الثاني) ان يقوم الغرس مستحقا للترك بالاجرة او لاخذه بالقيمة حال كونهما ممتنعين من قلعه يعني انه ينظر فيه الى هذين الوصفين فيقال كم قيمة هذا الغرس الذي يستحق الابقاء في ارض الغير بالاجرة و يستحق صاحب الارض اخذه بالقيمة قهرا عند امتناع كل من مالكه ومالك الارض من قلعه وكل من الوصفين موجب لنقصان القيمة فان مالايبقى الا بالاجرة قيمته انقص من قيمة مايبقى مجانا وكذا مايستحق اخذه قهرا وقد يناقش في كون الوصف الاخير موجبا لنقصان القيمة بالنسبة الى الشفيع لان الظاهر ان المراد بالقيمة في قولهم مستحقا لاخذه بالقيمة القيمة الواقعية لاالقيمة التي اوجب القهر نقصها سلمنا لكن يرد عليهم مثله في الارش اذ ارش مايستحق قلعه بالارش انقص من ارش مالايستحق قلعه فهلا لحظوه وان قلت ان المراد انه يقوم مستحقا اخذه بالقيمة الواقعيه قهرا وهذا يوجب نقصا في قيمته (قلنا) هذا لا يوجب نقصا بالنسبة الى الشفيع بل بالنسبة الى الاجنبي لو اتلفه ان سلمناه والا فهو محل نظر وله نظائر وقال في الدروس هذا لا يتم الا على قول الشيخ بان الشفيع لا يملك قلعه وانه يجاب الى القيمة لو طلب تملكه وهو مشكل انتهى ومعناه انه لولم يكن مبنيا على ذلك لقال او مستحقا لقلعه مع الارش لانه وصف تنقص به القيمة ولا دخل لامتناع الشفيع من القلع هنا لان امتناعه منه لايرفع استحقاقه له وفي جامع المقاصد انه انما يتاتى ايضا على القول بان الشفيع لا يجب عليه ارش النقص بالقلع اما على القول به فانه لا يملك طلب الاجرة على الابقاء لان القلع لا يسوغ الا مع ضمان الارش فما دام لا يبذله فالابقاء واجب عليه(قلت)قد عرفت الحال في ذلك ولعل الاوجه ان يقال انه يقوم قائما غير مستحق للقلع الا بعد بذل الارش او باقيا في الارض باجرة ان رضي المالك ويترك قولهم او مستحقا لاخذه بالقيمة لما عرفته وقول المصنف اذا امتنعا من قلعه ليس شرطا ليقوم بل هو من تتمة الوصف (وقوله)اوما نقص منه ان اختار القلع يريد به بيان طريق معرفة الارش على القول بوجوب بذله فيكون ما نقص معطوفا على التمييز المنصوب في قوله فيدفعه ويجوز ان يكون معطوفا على مفعول يقوم وهو الارض والمعنى لا يختلف قال في المبسوط وعليه ما نقص بالقلع فيقال كم يساوي غير مقلوع فاذا قالوا مائة قلنا كم يساوي مقلوعا فاذا قالوا خمسين قلنا فاعطه خمسين ولا يخفى مافي العبارة من عدم الجزالة مع رجوعه عن الاشكال السابق في رد الارش مع القلع الى الجزم به فتأمل (قوله) ﴿ ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت اسبق تقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد والمراد انه اختار ذلك ليخف الارش فله ذلك اذ لا يجب عليه الابقاء الى ان يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته قطعا كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو غرس المشتري اوبنى مع الشفيع او وكيله في المشاع ثم اخذه الشفيع فالحكم كذلك ﴾ وكذلك ما في التحرير وجامع المقاصد ومراده ان المشتري غرس وبنى في الجزء المشفوع حال الاشاعة مع الشفيع او وكيله بحيث يكون الغرس والبناء بالاذن للعتبر ويتصور ذلك بان يعتقد الشفيع ان لا شفعة له او يتوهم كثرة الثمن ثم

ولو زرع المشتري فللشفيع اخذه وعليه ابقاء الزرع الى اوان الحصاد مجانا والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والاخذ للمشتري وان كان نخلا لم يؤبر على رأي (متن)

يتبين الخلاف فانه اذا اخذ بالشفعة يكون الحكم في الغرس والبناء كالحكم فيهما اذا حصلت القسمة ثم غرس او بنى في حصته ثم اخذه الشفيع كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد (قوله) ولو زرع المشتري فللشفيع اخذه وعليه ابقاء الزرع الى اوان الحصاد مجانا كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد وقال في جامع الشرائع انه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الارش كالغرس (حجة) الجماعة انه تصرف بحق اذ المفروض انه تصرف بعد القسمة الشرعية او بالاذن مع الاشاعة وله امد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفاة للمشتري ولا كذلك الغرس والبناء فانهما لا امد لهما ينتظر فيه القلع وقد عرفت آنفا الوجه في ثبوت حق القلع للشفيع وهذا اذا اخذه الشفيع في الحال ولكن هل له تاخير الاخذ الى ان يحصد الزرع ولانه لا ينتفع الآن بالشقص لو اخذه فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل فله ان يقول لا اشفع الآن ولا ادفع الثمن لان تاخير بذل المال الذي لم يحصل فائدة لبذله غرض مطلوب العقلاء وان ذلك جاء من قبل المشتري ولمصلحته فكان ذلك عذرا مسوغا للتأخير كما هو خيرة المبسوط والارشاد وشرحه لولده وكذا الدروس واختير في التذكرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد انه لا يجوز له التأخير وهو ظاهر التحرير وفي المسالك انه لا يخلو من قوة لان الشفعة على الفور ومثل ذلك لا يثبت عذرا كما لو بيعت الارض في غير وقت الانتفاع فانه لا يجوز تاخير الاخذ الى وقته اجماعا وتردد في الشرائع وفيما يأتي من الكتاب ولا ترجيح في الكفاية وكأنه قال بالثاني في مجمع البرهان وهو الاقوى للاصل لان كانت على خلاف الاصل ومثله ما لو كان في المشفوع ثمرة فانه يجب عليه الاخذ على الفور كما يجب عليه الابقاء الى القطاف (فرع) ذكره في جامع المقاصد قال لو اجر المشتري الى مدة فاخذ الشفيع فهل له فسخ الاجرة انتهى كلامه من دون ترجيح والظاهر عندنا ان له ذلك والا لزم الضرر على الشفيع ولا سيما اذا كانت المدة طويلة تزيد عن امد الزرع والثمرة ولا ضرر في الفسخ على المشتري ولما كان في قلع الزرع ضرر عليه او جبنا عليه الابقاء (قوله) والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والاخذ للمشتري هذا مما لا خلاف فيه في غير ثمرة النخل الذي لم يؤبر كما ستسمع وقال في المسالك لا خلاف في ان الثمرة اذا ظهرت في ملك المشتري قبل الاخذ بالشفعة تكون للمشتري وان بقيت على الشجرة لانها بحكم المنفصل انتهى ووجهه انه نماء ملكه فانه حينئذ مالك بالاستقلال وتزلزل الملك لا ينافي ملك النماء (قوله) وان كان نخلا لم يؤبر على رأي اي النماء الحاصل بين عقد البيع وبين اخذ الشفيع بالشفعة للمشتري وان كان المبيع نخلا لم يؤبر قد بيع مع ارض فان ثمرته المتجددة بعد البيع للمشتري ولا يكون عدم تابيرها موجبا لتبعيتها للشقص في الشفعة فيأخذها الشفيع فتأمل والاولى ان تقول وان كان النماء ثمرة نخل لم يؤبر وقت الاخذ وذلك خيرة الشرائع والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وقال في المبسوط فيما اذا ظهر الطلع بعد الابتياع ولم يؤبر واخذ الشفيع بالشفعة هل يتبع الاصل فيأخذه الشفيع فيه قولان اولاهما انه يتبع لعموم الاخبار واراد عموم الاخبار الواردة في وجوب الشفعة في المبيع ولعله اراد ان الطلع قبل التأبير ليس مما ينقل ويحول حتى يخصص به العموم بل قال فيه وفي الخلاف اذا باع النخل منضما الى الارض وهو مثمر وشرط الثمرة في البيع كان للشفيع اخذ ذلك اجمع مستدلا بالعموم المذكور ولم يستدل على ما نحن فيه كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك بالقياس على البيع حتى يجاب بان الحكم ثبت في البيع على خلاف الاصل فالحاق الشفعة به قياس على انه قد يكون اراد ان الطلع بعد ظهوره وقبل تأبيره لما ادخله الشارع في المبيع دون سائر الثمار علمنا انه عنده جزء منه كما اشار اليه في الشرائع بقوله لانه

وعلى الشفيع التبقية الى وقت اخذه مجانا اما المتصل فللشفيع ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري وان اخذه الشفيع بعد التأبير اخذ الارض والنخل دون الثمرة بحصتها من الثمن ولو ظهر استحقاق الثمن فان لم يكن معينا فالاستحقاق باق والا بطلت الشفعة ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا (متن)

بحكم السعف فليتأمل وليس هو عين الاول فيصير الحاصل ان الشيخ يذهب الى انه جزء او كالجزء فلا يكون مما ينقل ويحول فيتناوله العموم ولا مخصص والجماعة يقولون انه خارج عن المبيع وانه مما ينقل ويحول ولا يجري مجرى الجزء الا في البيع فيتناوله التخصيص فتأمل ثم ان المصنف في التذكرة يلزمه القول بقول الشيخ لانه قوى في التذكرة فيما اذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم اخذه الشفيع قبل التأبير دخوله في الشفعة الا ان تفرق بين الطلع الموجود وقت البيع وبين الحادث في ملك المشتري فان الاول يتبع النخل كما يتبع النخل الارض فتأمل (قوله) ــ﴿ وعلى الشفيع التبقية الى وقت اخذه مجانا ﴾ــ لان له امدا ينتظر فيه القطع فكان كالزرع (قوله) ــ﴿ اما المتصل فللشفيع ﴾ــ بلا خلاف كما في المبسوط ومراده كما هو عادته نفيه بين المسلمين وذلك ككبر الودي وزيادة اغصان النخل ونحو ذلك (قوله) ــ﴿ ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري وان اخذه الشفيع بعد التأبير اخذ الارض والنخل دون الثمرة بحصتها من الثمن ﴾ــ كما في التذكرة والتحرير والمسالك وجامع المقاصد وقال في الاخير انه اذا اخذه الشفيع بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعا فيجب ان يسقط من الثمن حصة الطلع منه لانه قد ضم غير المشفوع الى المشفوع وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع وتنسب قيمته الى قيمة المجموع ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة ولم يتعرض المصنف في هذا الفرض لما اذا اخذ الشفيع بالشفعة قبل التأبير وقد قوى في التذكرة كما سمعت حكايته آنفا دخوله في الشفعة كما دخل في المبيع فصار بمنزلة النخل في الارض (قوله) ــ﴿ ولو ظهر استحقاق الثمن فان لم يكن معينا فالاستحقاق باق والا بطلت الشفعة ﴾ــ كما نص على الحكم الثاني في المبسوط وعليه وعلى الاول في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ونص الخراساني على الثاني والوجه في الحكمين واضح لان استحقاق احد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع لبقاء الاخر بغير عوض في مقابلة بخلاف ما في الذمة فان المدفوع عنه لا يتعين ثمنا على تقدير ظهوره مستحقا بل الثمن امر كلي في الذمة فلا يبطل البيع كما لو لم يكن دفعه بعد ولو اجاز مالك الثمن الشراء صح البيع وثبت الشفعة (قوله) ــ﴿ ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا ﴾ــ كما في الشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك لان استحقاقه لها ثبت بالبيع وهو صحيح سواء كان ما جعله الشارع عوضا معينا كقوله اخذت الشقص بهذه الدراهم او مطلقا كقوله تملكت او اخذت بعشرة دراهم وهي مقدار الثمن وهو معنى قوله في الشرائع لم تبطل شفعته على التقديرين وفي الدروس انها تبطل اذا علم الشفيع باستحقاق الثمن اذا جعلناها فورية انتهى وهذا منه مبني على ان الملك لا يحصل الا باللفظ ودفع الثمن كما هو مختاره ومختار المصنف كما سلف وعلى انه يجب الفور بدفع الثمن كما يجب الفور بالاخذ باللفظ وهذه الملازمة هي التي يقتضيها النظر وقد ادعاها في جامع المقاصد كما سلف ونحن قد تأملنا فيها هناك لان الذي تعتبر فوريته انما هو الصيغة واما دفع الثمن فالاصل عدم اعتباره وعلى ذلك نبه في المسالك ويشهد على ذلك تناول اطلاق العبارة لذلك لكن مقتضى النظر خلاف ذلك وربما فرق مع العلم بين كون الثمن معينا ومطلقا لانه مع التعيين يلغو الاخذ فينافي الفورية بخلاف المطلق فان الاخذ صحيح ثم يدفع الواجب بعد ذلك فليتأمل فيه

ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده قدم حق الشفيع فيطالب البائع بقيمة الشقص ان لم يحدث ما يمنع الرد وبالارش ان حدث ولا يرجع على الشفيع ان كان اخذه بقيمة العوض الصحيح ولو عاد الى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده ولو طلبه البائع لم تجب اجابته ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت (متن)

(قوله) =*﴿ ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده قدم حق الشفيع ﴾*= اذا اشترى شقصا من دار بعبد مثلا فاصاب البائع بالعبد عيبا فاما ان يكون العلم بالعيب قبل ان يحدث به عنده مايمنع الرد او بعد. وعلى التقدير الاول اما ان يكون قد رد العبد بالعيب او لم يرد وعلى التقادير الثلاثة اما ان يكون قد اخذ الشفيع بالشفعة او لا والظاهر ان المراد من العبارة انه لم يعلم بالعيب ولم يرد الا بعد اخذ الشفيع بالشفعة اذ لو لم يكن المراد منها ذلك لكان قوله فيما يأتي اما لو لم يرد البائع الثمن حتى اخذ الشفيع الخ تكرارا كما يأتي بيانه انشاء الله تعالى فكان الحاصل انه لو ظهر عيب في الثمن المعين قبل حدوث حدث فيه فللبائع رده لان ذلك حق له فلا يسقط لكن حق الشفيع ايضا لايسقط لانه قد ثبتت صحة البيع فتثبت الشفعة وقد اخذ بها ولا ينافيها الفسخ كما تقدم بيان ذلك مسبغا عند شرح قوله فان تقايل المتبائعان او رد بعيب (قوله) =*﴿ فيطالب البائع بقيمة الشقص ان لم يحدث مايمنع الرد ﴾*= اي اذا قدمنا حق الشفيع واخذ الشقص فالبائع يطالب المشتري بقيمة الشقص حين الرد اما الاول فلانه في حكم التالف وان المتلف المشتري واما الثاني فلانه حين انفساخ البيع ولا فرق في ذلك بين ان تزيد قيمة الشقص عن قيمة الثمن او تنقص لكنه انما يثبت له الرد اذا لم يحدث عنده في الثمن عيب يمنع الرد كما تقدم في محله (قوله) --*﴿ وبالارش ان حدث ولا يرجع على الشفيع ان كان اخذه بقيمة العوض الصحيح ﴾*-- كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان اما الاول فلتعذر الرد حينئذ ولا يجوز ان يذهب عليه مافات من الثمن بالعيب واما الثاني فلان الشفيع اذا كان قد اخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحا ان كان مثليا وبقيمته كذلك ان كان قيميا فلا سبيل عليه لانه قد استدرك الظلامة نعم ان لم يكن اخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح او بباقي قيمة الصحيح لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر على المشتري والذي استقر عليه عبد وارش نقص ذلك العبد على ان وجوب الارش من مقتضيات العقد لاقتضائه السلامة وربما قيل انه لايرجع لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد وكذلك الحال فيما اذا رضي البائع به معيبا ولم يرده مع عدم المانع من رده واختار الارش (قوله) --*﴿ ولو عاد الى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده ولو طلبه البائع لم تجب اجابته ﴾*-- كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك لان العلقة قد انقطعت بين البائع والمشتري فلو عاد الشقص الى المشتري بهبة ونحوها لم يكن المشتري رده والمطالبة بالقيمة ولا البائع رد القيمة واخذه لان المشتري قد برئت ذمته بدفع القيمة للبائع وهو قد ملكها ملكا مستقرا فليس لاحدهما ابطال ذلك وذلك بخلاف الغاصب اذا دفع القيمة لتعذر رد المغصوب واحتمال الوجهين بناء على ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد لاوجه له لانه يتبع في ذلك الادلة (قوله) ==*﴿ ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لايرجع بالتفاوت ﴾*-- قال في المبسوط فان عاد الشقص الى ملك المشتري بشراء او هبة او ميراث لم يكن له رده على البائع ولا عليه رده عليه ان طالبه به فاذا لم يعد اليه فقد استقر الشقص على المشتري بقيمته وعلى الشفيع قيمة العبد وانقطعت العلقة بين المشتري وبين البائع وهل بين الشفيع وبين المشتري تراجع ام لا قيل فيه وجهان (احدهما) لاتراجع بينهما لان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر العقد عليه والذي استقر عليه العقد هو الثمن (والثاني) بينهما تراجع لان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر على المشتري

ولو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن وللبائع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة الثمن ولا يرجع المشتري بالزيادة ويحتمل تقديم حق البائع لان حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده (متن)

والثمن الذي استقر على المشتري قيمة الشقص فوجب ان يكون بينهما تراجع فان قلنا لاتراجع فلا كلام وان قلنا بينهما تراجع قابلت بين قيمة العبد وقيمة الشقص فان كانت القيمتان سواء فلا كلام وان كان بينهما فضل تراجعا فان كانت قيمة الشقص اكثر من قيمة العبد رجع المشتري على الشفيع بتمام قيمة الشقص وان كانت قيمة الشقص اقل رجع الشفيع على المشتري بما بينهما من الفضل انتهى كلامه برمته او هو كما سمعت لاترجيح فيه لواحد من الوجهين كما لاترجيح في التحرير والايضاح فما في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك من ان الشيخ قال يرجع لان العقد قد بطل فلم يعتبر ماوقع عليه بل المعتبر مااستقر وجوبه على المشتري لم يصادف محزه في النسبة والدليل ويرشد الى ذلك انه لم يذكر ذلك في المختلف ولا الدروس وكيف كان فعدم رجوع الشفيع بالتفاوت خيرة الشرائع وجامع المقاصد والمسالك ووجهه ماسمعته في كلام الشيخ والظاهر انه لافرق بين ان يكون الشفيع قد دفع الثمن او لا فان لم يكن دفع وجب عليه الدفع كما في جامع المقاصد ويأتي مايدل عليه وقد يظهر الفرق من عبارة المبسوط والتحرير والشرائع والكتاب حيث فرضوا المسئلة فيما اذا كان قد دفعه وحكم في الاخيرين بعدم رجوعه وتردد في الاولين ويمكن ان يكونوا ارادوا برجوعه به استثناء التفاوت مما وجب عليه العقد وسموه رجوعا على تقدير عدم دفعه نظرا الى ثبوته عليه او لا فيشمل القسمين فتأمل (قوله) =*﴿ ولو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن وللبائع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة الثمن ولا يرجع المشتري بالزيادة ﴾*= كما في الشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو خلاصة كلام المبسوط والتذكرة وفي هذا تنبيه على ان الشفيع انما يأخذ من المشتري وان كان اخذه البائع كما يعطيه اطلاق هذه العبارات وهو خلاف ماتقدم لنا فيه وفي مثله من انه اذا كان في يد البائع كان الاخذ منه وعلى انه لافرق في تقديم حق الشفيع بين ان يكون قد اخذ بالشفعة اولا ولا بين ان يكون الشقص في يد المشتري اولا لاشتراك الجميع في المقتضي لترجيح الشفيع وقد تقدم بيانه وحينئذ فيأخذه بقيمة الثمن سليما ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص وان زادت على قيمة الثمن ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن لانه انما يستحق عليه الثمن الذي وقع العقد ولعل الغرض هنا بيان ان المشتري لايرجع بالزيادة جزما واما النقيصة فالحكم فيها ماتقدم من الاقربية والجزم والتوقف فتأمل (قوله) =*﴿ ويحتمل تقديم حق البائع لان حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ﴾*= ولان الشفعة شرعت لازالة الضرر فلا نثبتها حيث يتضرر البائع باثباتها لان قيمة الشقص قد تكون اقل مما يأخذه الشفيع بقيمة الثمن والضرر لايزال بالضرر كذا قال بعض الشافعية وهو المذكور في توجيه هذا الاحتمال في المبسوط والتذكرة ونحوه مافي الدروس لكنه فسر الضرر الداخل على البائع بفوات الشقص وهو اجود من الاول ولان الشفيع بمنزلة المشتري ورد البائع يتضمن نقض ملكه كما تضمن نقض ملك المشتري والاولى توجيهه بما ستسمعه فيما بعده بلا فاصلة وكيف كان فهذا الاحتمال لبعض الشافعية وقد ضعفه جماعة من اصحابنا وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى عند شرح قوله وان تقايل المتبايعان وقد ذكر هذا الاحتمال في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس كالكتاب في صورة ما اذا رد البائع الثمن والشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع وصريح كلامهم جميعا انه اذا كان قد اخذه الشفيع قبل ان يرد البائع فلا مجال لهذا الاحتمال والتوجيه الاول بل وغيره يقتضي الاطراد في الاقسام

بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا لان حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد اما لو لم يرد البائع حتى اخذ الشفيع فان له رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فان كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البائع بقيمته والا بطلت الشفعة على اشكال (متن)

كلها و يأتي تمام الكلام قريبا (قوله) ﴿ بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا لان حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد ﴾ هذا جرى مجرى سؤال مقدر وهو ان هذا التوجيه يقتضي تقديم حق المشتري فيما اذا وجد المبيع معيبا واراد رده وابطال حق الشفيع فاجاب بان هذا بخلاف حكم المشتري في الفرض المذكور لان حق الشفيع لا ينافي حق المشتري لان حق المشتري استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد واعترضه في جامع المقاصد بانا لا نسلم انحصار فائدة المشتري اذا رد في استرجاع الثمن بل من فوائده ايضا السلامة من درك المبيع لو ظهر مستحقا فحينئذ يستوي البائع والمشتري في تطرق الاحتمال الى تقديم حق كل منهما على حق الشفعة وبالعكس انتهى وقد تقدم ان من المعلوم ان المشتري لم يفسخ من جهة خوف درك المبيع لو اخذه الشفيع وانما فسخ من جهة العيب وذهاب بعض الثمن عليه فاذا رجع اليه الثمن كملا اندفعت مظلمته ولا كذلك البائع فان له غرضا بالعين ولذلك اشترطها فاذا قدم حق الشفيع عليه يكون قد ذهب منه الشقص والعين التي قد اشترطها معا على ان قيمة الشقص قد تكون اقل من قيمة العين بل يمكن ان يجاب عن ذلك بان درك المبيع لم يلتفتوا اليه في عدة مسائل كما يأتي لانه قل ما يلتفت اليه ولعلهم لو استندوا في توجيه الاحتمال لما ذكرناه كان اسد واجود وبه يتضح الفرق بين البائع والمشتري اذ الغالب الشراء بالاثمان بل يكفي عدم التعيين فيه (قوله) ﴿ اما لو لم يرد البائع حتى اخذ الشفيع فان له رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وصرح بذلك بدون التنظير بالاجنبي في الشرائع والتحرير والدروس كما عرفته آنفا وعبارات هذه الكتب باطلاقها شاملة لما اذا علم البائع ولم يرد حتى اخذه الشفيع ولما اذا لم يعلم فلم يرد حتى اخذ وفرض ما نحن فيه في التذكرة فيما اذا علم البائع بالعيب بعد اخذ الشفيع وقضية ذلك بالاولوية انه اذا علم بالعيب قبل اخذ الشفيع ولم يرده حتى اخذ انه ليس له استرجاع المبيع فتكون موافقة للمبسوط وما وافقه ويجب ان تحمل عبارة الكتاب هنا على هذا الشق الاخير وهو ما اذا علم قبل الاخذ ولم يرد حتى اخذ لانه لولا ذلك لكان ما ذكره هنا مستدركا لسبق ذكره فانه بعينه هو ما ذكره اولا واذا حمل هذا على ما ذكرنا والاول على ما اذا لم يعلم كما بيناه زال الاستدراك وكذلك العكس والحكم واحد لان الشفيع اذا ملكه بالاخذ فليس للبائع ابطال ملكه كما اذا باعه المشتري لاجنبي وقد ظهر عيب في الثمن المعين فان البائع لا يملك ابطال ملك الاجنبي قطعا فكذا في حق الشفيع ومثله ما لو قبض احد المتبايعين وباع ثم تلفت العين قبل القبض فان البيع الثاني لا يبطل ويرجع صاحب العين المبيعة ثانيا بقيمتها كما نبه على ذلك كله في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فان كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البائع بقيمته والا بطلت الشفعة على اشكال ﴾ قال في المبسوط لو باع شقصا بعبد فتلف العبد قبل القبض بطل البيع وبطلت الشفعة فقد حكم ببطلانها مطلقا وهو خيرة التذكرة وتردد في ذلك في الشرائع والتحرير وكذا الدروس وفصل المصنف هنا فقال ان اخذ الشفيع قبل تلف الثمن لم تبطل الشفعة ورجع البائع بقيمة الشقص واستشكل فيما اذا تلف قبل اخذه وكذلك ما في جامع المقاصد

ولو ظهر العيب في الشقص فان كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لاحدهما وان كانا جاهلين فان رد الشفيع تخير المشتري بين الرد والارش وان اختار الاخذ لم يكن للمشتري الفسخ وهل له الارش قيل لا لانه استدرك ظلامته ويرجع اليه جميع ثمنه وكان كالرد ويحتمل ثبوته لانه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع بقدره (متن)

ويأتي للمصنف في الفصل الرابع الاشكال فيه ايضا فيما اذا اعترف الشفيع بتلفه والاصح بقاء الشفعة في الشق الثاني ايضا كما في المختلف والتحرير في موضع آخر منه والايضاح والحواشي والمسالك والروضة لان البطلان كالتقايل صار على استحقاقها لانه يحصل من حين التلف لا من اصله ووجه البطلان ينشأ من وجود البطل قهرا وهو التلف فعدمه شرط في صحة البيع وشرط السبب شرط في السبب اي الشفعة فعاد الامر كما كان اي عاد الشقص للشريك الاول والضرر انما حصل بالشريك الحادث وقد زال والجواب يعلم مما مر من ان عدم التلف قبل القبض شرط لبقاء صحة البيع والسبب في الشفعة حدوث البيع لابقائه فهو شرط بقاء صحة السبب ولا تغفل عن الحال في الضرر وان قلنا ان تلف الثمن المعين قبل قبضه من مال البائع كما هو ظاهر العبارات في باب البيع ومقتضى القواعد والخبر النبوي لا اشكال في المقام لكن كلامهم في الباب صريح او كالصريح في انه من مال المشتري كالمبيع حيث يتلف قبل قبضه فانه من مال البائع قولا واحدا وان العقد ينفسخ من حينه لكنه بقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما وقد قلنا هناك ان ظاهرهم هنا الاتفاق على ان تلف الثمن كذلك من مال المشتري وكيف كان فما في المسالك والروضة من ان بعضهم قال ان اخذ قبل تلف الثمن لم تبطل والا بطلت لم نجد القائل به منا ولا من العامة والا لذكره في التذكرة او اشار اليه في المبسوط (قوله)=*﴿ولو ظهر العيب في الشقص فان كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لاحدهما﴾*- كما في المبسوط وغيره ولا ارش كما هو ظاهر كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه نص في التحرير (قوله) -*﴿وان كانا جاهلين فان رد الشفيع تخير المشتري بين الرد والارش وان اختار الاخذ لم يكن للمشتري الفسخ﴾*- كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة وتفصيل الكلام في ذلك انهما ان اتفقا على رده او اخذه بالارش او بدونه فلا بحث وان اختلفا في الارادة فاراد الشفيع رده فالمشتري مخير بين الرد والارش فان اختار ابقائه تخير بين اخذ ارشه وعدمه وان انعكس فاراد الشفيع اخذه دون المشتري قدم الشفيع كما تقدم ولم يكن للمشتري الفسخ (قوله) =*﴿وهل له الارش قيل لا لانه استدرك ظلامته ويرجع اليه جميع ثمنه وكان كالرد﴾*= هذا القول للشيخ في المبسوط في مسئلة ما اذا كان الشفيع عالما والمشتري جاهلا قال ليس للمشتري ان يطالب بارش العيب قولا واحدا والجماعة حكوا خلافه في المسئلة مع انه لم يتعرض فيها للارش لان المسئلتين من سنخ واحد وما نسبوه اليه من الاستدلال عليه بما في الكتاب لم يذكره في المبسوط اصلا ولا في غيره وانما هو لبعض الشافعية ومعناه انه كما لا يجمع بين الرد والارش فكذا لا يجمع بين اخذ الشفيع والارش ويشكل بمنع كون استرداد الثمن كالرد لانتقاضه بما اذا باع المشتري باضعاف الثمن وانما استدل الشيخ عليه بالاجماع كما سمعت وستعرف وجهه (قوله) -*﴿ويحتمل ثبوته لانه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع بقدره﴾*= هذا الاحتمال اول من ذكره منا المحقق في الشرائع قال لو قيل به كان حسنا وقد احتمل ايضا في التحرير والايضاح من دون ترجيح كالكتاب وقدفهم في المسالك من عبارة الشرائع اختياره واختاره وفاقا للمصنف في التذكرة والشهيد في الدروس وصاحب جامع المقاصد فيه مستندين الى ما ذكره المصنف وان

وكذا لو علم الشفيع خاصة ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده وليس له الارش ولو كان المشتري قد اشتراه بالبرائة من كل عيب فان علم الشفيع بالشرط فكالمشتري والا فله الرد ﴿ المقصد الرابع في مسقطات الشفعة ﴾ وتسقط بكل ما يعد تقصيرا او توانيا على رأي (متن)

وان الواقع بين البائع والمشتري معاوضة مستقلة مغايرة لما وقع بينه وبين الشفيع فلا يجب قبول اخذ هذا العوض من الآخر وحينئذ فله الرجوع على البائع بالارش فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الثمن هو مابقي بعد اخذ الارش (قلت) هذا مبني على ان الشفيع ذو معاوضة جديدة ولهذا كان الدرك ومؤنة المبيع على المشتري ولو قلنا انه كالنائب عنه فكان كأن العقد وقع للشفيع تعين الاحتمال الاول وكذا قال الشهيد في حواشيه والحق انه انما ينزل منزلته في قدر الثمن المستقر لاغير والشيخ لم يبن ذلك على شيء من ذلك والظاهر انه انما بناه على امر آخر وهو انه لاريب ان معرفة مايستقر على المشتري من الثمن متوقفة على معرفة الارش المتوقفة على تقويم اهل الخبرة المحتاج الى زمان يخل بالفورية فاذا قلنا ان المشتري يرجع بالارش كان امر الشفيع دائرا بين اخذ فاسد لانه لم يعرف الثمن وقد تقدم لهم انه اذا جهله كان اخذه فاسدا ويحتاج بعد ذلك الى عقد جديد وبين تأخير ينافي الفورية كما قالوه فيما اذا كان الثمن مؤجلا فقد قال الاكثر انه ليس له الاخذ عند الاجل لانه ينافي الفورية فيبطل لو اخر فوجب ان يسقط حق المشتري من الارش كما اسقطوه من الرد وقدموا حق الشفيع عليه مع مايلزمه من الدرك فنظر الشيخ في دعوى الاجماع الى هاتين المقدمتين المسلمتين عندهم فكان قول الشيخ اشبه باصول الباب مضافا الى الاجماع المحصل له من السيرة او المستنبط من قواعد الشفعة وقوله لايسقط بزوال ملكه لايكاد يكون له دخل في المقصود لان زوال الملك وعدمه لايعلل به اخذ الارش وعدمه فليتأمل (قوله) ﴿ وكذا لو علم الشفيع خاصة ﴾ اي لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق فيما اذا كانا جاهلين واختار الشفيع الاخذ لارد للشفيع لعلمه ولا للمشتري لحق الشفيع وهل له الارش فيه القولان وقد سمعت انه قال في المبسوط ليس له ان يطالب بارش العيب قولا واحدا (قوله) ﴿ ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لوجود العيب مع كونه جاهلا به (قوله) ﴿ وليس له الارش ﴾ لانه انما ياخذ بالثمن الذي جرى عليه العقد ولا ارش للمشتري لعلمه فلا ارش للشفيع لان استحقاقه له فرع اخذ المشتري له وقد ذكر في جامع المقاصد هنا فرعا وهو ما اذا كان في المبيع غبن فاحش قال لم يبعد القول باستحقاق الشفيع رده اما المشتري فلا بحث في ان له ذلك (قوله) ﴿ ولو كان المشتري قد اشتراه بالبرائة من كل عيب فان علم الشفيع بالشرط فكالمشتري والا فله الرد ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد اما الاول فلانه اذا علم بالشرط ثم اخذ فقد رضي به واحتمل في جامع المقاصد ان لايلزمه حكم الشرط فاذا وجد عيبا رد به قال ولا يبعد انه انما ياخذ بالبيع الذي وقع من المشتري واما الثاني فللعيب مع كونه جاهلا وقال في جامع المقاصد الظاهر ان المراد جواز الرد وان لم يظهر عيب لان الشرط المذكور في حكم العيب (قلت) لكنه لايكاد يظهر من عبارة التحرير لانه قال والا فحكمه كما لو علم المشتري دون الشفيع

﴿ الفصل الرابع في مسقطات الشفعة ﴾

(قوله) ﴿ وتسقط بكل مايعد تقصيرا او توانيا على رأي ﴾ اشار بذلك الى خلاف من قال ان الشفعة ليست على الفور وقد تقدم الكلام فيه مسبغا ولعله اراد بالتقصير مايعد تقصيرا في العادة كعدم التوكيل عند المرض والحبس وبالتواني ماكان توانيا في الطلب كان يشتغل عنه بما لايعتنيه (قوله)

فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب فان منع بمرض او حبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه موءنة ومنة ثقيلة فان لم يجد فليشهد فان ترك فالاقرب عدم البطلان فان بلغه الخبر متواترا او بشهادة عدلين فقال لم اصدق بطلت شفعته ويقبل عذره لو اخبره صبي او فاسق (متن)

فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب = يعني انه يمضي الى المشتري على الفور فان اخر الطلب مع عدم العذر بطلت شفعته كما تقدم الكلام فيه وقد تقدم انه قال في التذكرة انه لايشترط في تملك الشفيع الشفعة حكم الحاكم ولا حضور الثمن ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا كما تقدم عن جامع المقاصد انه انما يملك مع حضور المشتري وان الطلب لايعتد به الا مع حضوره وان القوم مطبقون على وجوب السعي الى المشتري فالقائلون بالفورية جعلوه على الفور وقد جمعنا بين الكلامين فيما تقدم بانه اذا اراد الاخذ من المشتري والتملك منه فليمض اليه والا فلا وقلنا انه ليس بشيء كالفرق بين الطلب والتملك اذ الظاهر انهما بمعنى كما تقدم غير مرة الا ان تفرق هنا بأن التملك لايشترط فيه حضور المشتري بل له ان يقول لما يبلغه الخبر ويعرف الثمن اخذت بالشفعة ولكن لابد له من الذهاب اليه فورا ليدفع له الثمن لان دفعه واجب فورا ايضا وبه يتم الملك الا ان يرضى ببقائه في ذمته او يدعي غيبته وهو في المصر او انه يريد ان يحمله من بلد آخر وكذا اذا بلغه الخبر ولم يعرف مقدار الثمن لابد من المضي اليه ليعرف مقداره لئلا يكون اخذه وتملكه فاسدا فالمضي اليه على الفور الذي هو غير التملك لابد منه وقد تأملنا في اجماع جامع المقاصد فيما سبق فليتأمل في ذلك كله وليلحظ ماتقدم (قوله) فان منع بمرض او حبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه موءنة ومنة ثقيلة = قد تقدم انه يستفاد من كلامهم هذا وغيره انه لايكفي التوكيل في غير المعذور ولو كان الشفيع اجل جليل وقد تقدم الكلام فيه في اوائل الفصل الثالث ولا يفرق في المرض بين ان يكون عارضا له او لمن لايستطيع مفارقته ومثل الحبس في الباطل الحبس في الدين مع العجز وكذلك الغائب كما تقدم بيان ذلك وليس ببعيد ان تجعل ثقيلة صفة لكل من الموءنة والمنة على طريق البدل فلا اثر للمنة القليلة عرفا وكذلك المنة اليسيرة فان اخل بذلك مع الامكان بطلت شفعته كما في جامع المقاصد وعلى التقديرين هو خلاف مااختاره في التذكرة من انه اذا اخر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفعته وحكي التقييد بعدم لحوق المنة والموءنة عن الشافعي في احد اقواله (قوله) فان لم يجد فليشهد فان ترك فالاقرب عدم البطلان = اي فان لم يجد الى التوكيل سبيلا فينبغي الاشهاد فان ترك ففي البطلان قولان تقدم الكلام فيهما مسبغا في اوائل الفصل الثالث (قوله) فان بلغه الخبر متواترا او بشهادة عدلين فقال لم اصدق بطلت شفعته = كما في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ولم يذكر التواتر في التحرير والدروس لوضوحه وانما ذكر فيهما شهادة العدلين وزيد في الاخير والتذكرة اخبار المعصوم (ع) والوجه في الجميع ظاهر لان عدم تصديقه حينئذ مكابرة الا ان يكون قريب عهد بالاسلام فقال لا اعرف حال المعصوم (ع) ولا اعرف ان شهادة العدلين تورث اليقين شرعا فانه يمكن القبول ومثل العدلين الرجل العدل والامرأتان (قوله) ويقبل عذره لو اخبره صبي او فاسق = كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وقضية كلام المبسوط انه لاخلاف في ذلك لانه انما حكاه في العدل كما ستعرف لانه لايثمر خبر احد هذين اليقين عقلا ولا شرعاً وهو قضية كلام الدروس حيث قال فلو اخبره مخبر لايعمل بقوله فهو عذر (قلت) فتدخل المرأة الواحدة مطلقا والرجل الغير العدل بل والجماعة الذين ليسوا بعدول ان لم يبلغوا حد الاستفاضة فلو حصل بهم الاستفاضة وافادت الظن المتاخم للعلم ولم يصدقهم ففي المسالك في بطلانها وجهان مبنيان على ان مثل

او عدل واحد ولو اخبره مخبر وصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وان لم يكن عدلا لان العلم قد يحصل بالواحد للقرائن ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع او نزل عنها اوعفى او اذن فالاقرب عدم السقوط (متن)

هذا الحق هل يثبت بالاستفاضة ام لا واثبته بها في الروضة من دون توقف ولعله ظن ان الاستفاضة المتاخمة للعلم علم عرفا والشارع لايطالب اكثر من ذلك وانما الخلاف فيما اذا افادت الظن الراجح في النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق والرق والولاية والولادة لكثرة الاستفاضة فيها وعسر اقامة البينة عليها غالبا وليس كذلك فان الخلاف واقع في انه يشترط في الاستفاضة في هذه الامور العلم او يكتفي فيها بالظن المتاخم له اوالراجح مطلقا وقد رجحنا في بابه الاكتفاء في هذه بالظن الراجح خصوصا الوقف والنكاح اذ لو اشترط العلم لم تختص بهذه الامور ولا نكتفي بها في غيرها وتمام الكلام في محله (قوله) =** او عدل واحد ** = قال في المبسوط وان اخبره بذلك شاهد عدل قيل فيه وجهان (احدهما) يقبل قوله لان الشاهد الواحد ليس بحجة عند قوم (والثاني) لايقبل قوله لانه حجة مع يمين المدعي والاول اقوى انتهى وما قواه خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك وجعله في الروضة وجها واكتفى به في الدروس مع القرينة (قوله) —** ولو اخبره مخبر وصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وان لم يكن عدلا لان العلم قد يحصل بالواحد للقرائن **— كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ويعلم تصديقه باعترافه لعدم امكان الاطلاع عليه الا من قبله (قوله) =** ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع او نزل عنها او عفى او اذن فالاقرب عدم السقوط **= قد اختلف الاصحاب في مسائل هل هي مسقطة للشفعة ام لا سواء قلنا انها على الفور او التراخي (الاولى) ان ينزل عن الشفعة قبل البيع بمعنى انه يتركها ويعفو عنها وفي سقوطها حينئذ قولان (الاول) عدم السقوط كما هو خيرة ابي علي فيما حكي من كلامه والمبسوط والسرائر والنافع والتذكرة والتحرير والتبصرة والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وهو ظاهر الحواشي وفي التنقيح ان عليه الفتوى (الثاني) السقوط كما هو خيرة الارشاد وظاهر مجمع البرهان وكذا غاية المراد وتردد في الشرائع وهو ظاهر الدروس حيث لا ترجيح فيه لكنه قد يلوح منه الميل الى السقوط وقد نسب فيه التردد الى المختلف لانه قال فيه بعد ان اختار قول ابن ادريس في قول الشيخين قوة وفي المقنعة والنهاية والوسيلة وجامع الشرائع انه متى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن او زائدا عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة وان باع باقل من الذي عرض عليه كان له المطالبة بها هذه عبارة النهاية والبقية بمعناها فان كان هذا الاباء وعدم الارادة بعد العرض بمعنى النزول عن الشفعة والترك والعفو كما هو ظاهر السرائر وغيرها كان هؤلاء الاربعة مخالفين ايضا ولكن قد يلوح من الدروس وغاية المراد انهما مسئلتان قال في غاية المراد ان بطلانها بالنزول عن الشفعة قبل البيع يلوح من كلام الشيخين وكيف كان فالخلاف منهم متحقق وان كان الحضور مع السكوت وعدم الانكار بمعنى النزول وليس شيئا مما ياتي من المسائل الاخر كان السقوط مذهب ابني بابويه ايضا على ما حكاه كاشف الرموز حيث قال والوجه السقوط لان الشفعة لدفع الضرر فالحضور مع السكوت يدل على الرضا والمباركة قل ما تقع الا عن التراضي وهو اختيار الشيخين وابني بابويه واتباعهم انتهى ويكون هو ايضا قائلا بالسقوط لكن قد يكون على هذا عدم السقوط ظاهر الانتصار ويكون ظاهره الاجماع عليه لانه قال مما ظن انفراد الامامية به ان حق الشفيع لا يسقط الا ان يصرح الشفيع باسقاط حقه ثم اخذ في نقل مذاهب العامة الى ان قال وقال الشافعي والشعبي من بيعت شفعته وهو شاهد لم ينكر فلا شفعة له والذي يدل على صحة مذهبنا الاجماع المتكرر واجماعه هذا يمكن ان يدعى انه مسوق

للرد على الشافعي والشعبي كغيرها وان يدعى انه انما سيق لاول كلامه وانها ليست على الفور وانها لا تسقط بالتراخي وانما تسقط بالتصريح وهذا هو الظاهر بل لا نظر له الى غير ذلك بل قد يقال انه اذا نزل عنها وعفى وترك يكون قد صرح فتأمل على ان احدا لم ينسب اليه احدا من القولين ولو كان في كلامه الام بذلك لذكروه خصوصا الشهيد ثم انه اذا كان السقوط مذهب الصدوقين ايضا لم يبق في معقد اجماعه الا ابو علي من اصحاب الفتاوى المتقدمين عليه وكيف كان فالظاهر من الاباء وعدم الارادة في كلام الشيخين ومن وافقهما الترك للشفعة والنزول عنها الى غير ذلك مما ياتي من المسائل قال اهل اللغة ونزلت عن الحق تركته فيكثر القائلون بالسقوط حيث ينزل عنها ويترك قبل البيع من المتقدمين والمتأخرين وان صح ما حكاه في كشف الرموز عن الشيخين والصدوقين واتباعهم دخل الراوندي والقاضيان والحلبيان والكيدري والكراجكي ولهم على ذلك ادلة (الاول) الاصل ولا قاطع له من اطلاقات اخبار الباب اذ رجوعها الى العموم مشروط بتساوي الافراد من التبادر وعدمه في جميع الحالات ولا يتبادر ما اسقط فيه الشفعة من اطلاق ما دل على ثبوتها من غير شك حتى مرسل يونس فكان الشان فيما نحن فيه كالشان في اجازة الورثة الوصية بما زاد على الثلث وهو محل وفاق صالح للتأييد هذا كله بعد تسليم ان الاطلاقات مسوقة لبيان عموم الشفعة (الثاني) ان الشفعة انما شرعت لازالة الضرر وبه طفحت عباراتهم في مسائل الباب من غير نكير لمكان العلة المومى اليها في خبر عقبة وبه عمل المعظم في سقوطها في العضائد الضيقة والحمامات ونحوها وقد اوضحنا ذلك واقمنا عليه البراهين الواضحة وقلنا لولا ذلك ما صح له الاخذ منه قهرا لانه كان الواجب عليه العرض عليه ليخلص من ذلك وبينا وهم من انكر ذلك كشيخنا صاحب الرياض ومن ظهر منه ذلك كعلم الهدى والضرر معدوم هنا فانه قد عرضه عليه وامتنع ونزل عن الشفعة وذلك يدل على انه لا ضرر عليه وان كان فانه هو الذي ادخله على نفسه كما لو اخر المطالبة (الثالث) الخبر المروي في السرائر على عين عبارة النهاية الا قوله في النهاية وان باع باقل الى آخره فليس مرويا في الخبر والمروي في التذكرة بمتن آخر ستسمعه وفي غاية المراد والتنقيح والدروس والمهذب البارع ومجمع البرهان وغيرها بمتن آخر ولم ينسب في احد هذه الى العامة بل ظاهرهم جميعا حتى المقدس الاردبيلي ثبوته وغايته انه مرسل ولم نقف على راد له وقائل بانه عامي قبل صاحب الحدائق وتبعه شيخنا صاحب الرياض وعلى تقدير كونه عاميا وما كان ليكون لانه رواه في السرائر يكفي للعمل به رواية هؤلاء له وعمل خمسة من القدماء به وجماعة من المتأخرين نعم لابن ادريس رده على اصله ويعضده فتوى المقنعة والنهاية والوسيلة به وهي متون اخبار وعلى كل حال فنحن لامانع لنا عن العمل به بعد اعتضاده بالدليلين الاولين وفتوى من عرفت به ورواية الجماعة له من دون نسبته الى العامة على انهم لو نسبوه اليهم لا يمنعنا ذلك كما عرفت والخبر رواه في التذكرة عن جابر عن النبي (ص) الشفعة في كل شركة بارض او ربع او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع قال فقد اجاز تركه (قلت) والمراد بالاخذ الشراء لا الاخذ بالشفعة وقد رواه الشهيد ومن ذكر بعده انه قال (ص) لا يحل ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان باع ولم يأذن فهو احق به (قالوا) علق الاستحقاق على عدم الاستئذان فلا يثبت معه والنزول اما بعد الاستئذان فظاهر سقوط الشفعة واما قبله فكذلك اذ لا يبقى للاستئذان معنى معقول ولا نسلم ان ذلك من باب الاسقاط فيتوقف ذلك على تحقق الاستحقاق كالدين ومرادهم انه من باب الارفاق وقد شرع لمعنى انه يزول بزوال ذلك المعنى وحاصل الاستدلال انه دال على السقوط بمفهوم الشرط وان الاستئذان بمعنى العرض عليه ليشتري او يدع بقرينة خبر التذكرة وان الاذن الثاني في المنطوق والمفهوم بمعنى النزول وان كان بمعناه المعروف دل بالاولوية واستدل في مجمع البرهان على السقوط بانه وعد والادلة على وجوب الوفاء به كثيرة (قال) ولولا خوف خرق الاجماع لمكان القول بوجوب الابقاء متوجها فالقول به هنا غير بعيد لعدم الاجماع على

وكذا لو كان وكيلا لاحدهما في البيع او شهد على البيع او بارك لاحدهما في عقده او اذن للمشتري في عقد الشراء او ضمن العهدة للمشتري (متن)

خلافه انتهى والصغرى والكبرى ممنوعتان قطعا ولا حجة للسرائر وما وافقها الا العمومات وقد عرفت حالها وانه اسقاط حق قبل ثبوته وقد عرفت انه ليس من الاسقاط في شيء واطرف شيء ما في الرياض من الاستدلال على عدم السقوط باجماع الانتصار وانه هو الحجة وقد عرفت الحال في ذلك وانه شك في شك فكيف تترك له تلك الادلة واطرف منه ما في التنقيح من ان عليه الفتوى مع انه لا فتوى في الشرائع والمختلف والدروس وغاية المراد مع الميل في الاخيرين الى السقوط وفتوى الارشاد بخلاف ذلك هذا مع الغض عن فتاوى المتقدمين (المسئلة الثانية) ان ياذن للمشتري في الشراء او للبائع في البيع ففي الكتاب والمبسوط والتذكرة والتحرير في موضع منه والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وظاهر الحواشي انها لا تسقط وفي النافع ان الاشبه السقوط وحكاه ابو العباس عن الشيخ في النهاية ويحيى بن سعيد ولعله لان الاباء وعدم الارادة في معنى الاذن وتردد في الشرائع والارشاد وموضع آخر من التحرير ولا ترجيح في الدروس وغاية المراد والمقتصر (وقال) في الرياض لم افهم فرق النافع بين الحكم بعدم البطلان في المسئلة الاولى والحكم به اي البطلان هنا قال ولم ار من قال به اي الفرق بل اطلق ارباب القولين الحكم في هذه المواضع كلها واراد ما لو اسقط او بارك او شهد او اذن قال عدا الفاضل في الارشاد ووجهه غير واضح انتهى (قلت) وقد عرفت ان الفارقين هنا وستعرفهم في المسئلتين الاخيرتين ووجه ما في الارشاد ان الاذن قد يكون تمهيدا للاخذ بالشفعة ووجه فرق النافع النظر في الاذن الى مفهوم الخبر والحق السقوط عملا بالاصل والخبر وانه حينئذ لا ضرر (الثالثة) ان يشهد على البيع بمعنى انه يسكت ولم ينكر ففي المقنعة والنهاية والوسيلة وجامع الشرائع والنافع وكشف الرموز انها تسقط وحكاه في الاخير عن الصدوقين وحكاه في جامع المقاصد عن ابن البراج ولعله في الكامل اذ لم نجده في المهذب لكنه لم يحكه في المختلف ولا الشهيد ولعله سهو القلم اراد ان يثبت ابن حمزة فسهى واثبت ابن البراج وكيف كان فلم يبينوا لنا المستند ولعله ماذكره كاشف الرموز ونبه عليه المختلف وقد يكون لخلوها عن الفورية لانها ومسئلة المباركة عندهم من سنخ واحد فليتأمل وفي السرائر والتذكرة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انها لا تسقط وفصل في المختلف بوجود الامارة على الرضا وعدم وجودها وهو قول بالعدم وقد تردد في الشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة وكذا الدروس وغاية المراد والمقتصر وقد سمعت ما في الانتصار وما فهم منه صاحب الرياض وقد فرقوا هنا ايضا بين المواضع المذكورة (الرابعة) ان يبارك لهما او لاحدهما والحال فيها كالمسئلة الثالثة فمن قال هناك بالسقوط قال به هنا ومن قال بالعدم هناك قال هنا بالعدم والمتردد هناك تردد هنا وتزيد لهذه ان الشيخ في المبسوط قال هنا بعدم السقوط وفي التنقيح وجامع المقاصد والمسالك انها اي المباركة ان نافت الفورية اسقطت والا فلا فلعل المبادرة الى الاخذ من دون الكلام مستهجنة فلا منافاة (قوله) ﴿وكذا لو كان وكيلا لاحدهما في البيع﴾ قد تقدم الكلام في اوائل الفصل الثاني (قوله) ﴿او شهد على البيع او بارك لاحدهما في عقده او اذن للمشتري في عقد الشراء﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله آنفا مستوفى (قوله) ﴿او ضمن العهدة للمشتري﴾ اي لو ضمن عهدة الشقص المشتري وكذا عهدة الثمن للبائع في نفس العقد فان شفعته لا تبطل كما هو خيرة الخلاف فيهما والمبسوط وكذا السرائر على ما حكي عنها في المختلف ولم نجد ذلك في السرائر واستشكل في التحرير والارشاد وفي الدروس انه يمكن بقاؤه لانه تقرير للسبب وليس بابلغ من النزول وفي المختلف ان الاقوى

او شرط الخيار له فاختار الامضاء ان ترتبت على اللزوم (متن)

البطلان فيها لانه دال على الرضا بالبيع وفي جامع المقاصد ان الاصح ان تنافي الطلب على الفور ابطل والا فقد ينتظر حضور الثمن ان جعلنا الطلب هو الاخذ انتهى فتامل لانا نقول ان كان ينافي الفورية بطلت والا فلا الا مع القرائن التي يفهم منها عادة وعرفا عدم ارادة الشفعة (قوله) او شرط الخيار له فاختار الامضاء ان ترتبت على اللزوم كما في التذكرة ومعناه انه لو شرط للشفيع الخيار فاختار الامضاء فان الاقرب عدم السقوط ان قلنا بان الشفعة انما تثبت مع لزوم العقد لان الامضاء حينئذ تمهيد لسبب الاخذ لان سبب الشفعة اللزوم واختيار السبب لا ينافي طلب المسبب اي الشفعة بل اذا كان السبب من فعل من يطلب وموقوفا عليه فلابد من ارادة السبب وايجاده حتى يثبت المسبب ولان ذلك كالاسقاط قبل الثبوت ولان استحقاق الشفعة متاخر عن لزوم البيع فاجازته قبل اللزوم كاذنه في البيع ويحتمل ضعيفا السقوط لدلالته على الرضا لان اختياره من تتمة العقد ان ابطلنا شفعة الوكيل في البيع او الشراء وان قلنا بان الشفعة انما تتوقف على صحة البيع فقط لزمنا القول بالسقوط لان اجازة البيع بعده اسقاط الشفعة باجماع القائلين بهذا القول كما في الايضاح ولانه قد اخرها اختيارا فيحصل التراخي المنافي للفور وفي الحواشي انه يشكل بالفرق بينه وبين المباركة وقد اطلق في الخلاف والمبسوط عدم السقوط وفي الدروس انه اقرب وحكى في الايضاح عن الخلاف انها تسقط والموجود فيه اذا تبايعا بشرط الخيار للشفيع فانه يصح كشرط الاجنبي ولا تسقط شفعته وهي عين عبارة المبسوط و كيف كان فعلى المختار من ان الشفعة انما تتوقف على صحة البيع لعموم النص كما تقدم يكون الامضاء قبل الاخذ مسقطا لها فاذا اراد عدم السقوط فلياخذ اولا ثم ليمض البيع وقال في الايضاح بقي علينا ان نبين ان الشفعة هل هي مترتبة على اللزوم او على العقد يحتمل الاول من حيث انها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومه ومن حيث وقوع البيع ومجرده موجب الشفعة لعموم النص والتحقيق ان امضاء البيع هل هو شرط السبب او الحكم انتهى (قلت) الظاهر انه شرط السبب اي البيع فهو شرط لبقاء صحته ودوامه كما قلناه فيما اذا تلف الثمن قبل قبضه حرفا فحرفا فليلحظ لانه هو المتيقن وكونه شرطا للحكم اعني الشفعة مشكوك فيه والعمومات والاصل ينفيانه (اما الاول) فظاهر (واما الثاني) فلان الشفعة ليست عبادة ويحتمل ان يكون المراد انه شرط في سببية البيع وانتفاء الحكمة لاتخل بسببيته ولا يخفى ما في الوجه الاول من وجهي الايضاح لان الاقسام اربعة وشرط السبب ما يخل عدمه بحكمة السبب وحينئذ فان اخذه قبل فسخ البيع ثبتت الشفعة لان مجرد وجود البيع صحيحا في سبب الشفعة وان اخذه بعده فكذلك لذلك كما هو الشان في الاقالة وتلف الثمن المعين قبل القبض الا ان ينافي الفورية فيما نحن فيه وشرط الحكم ما اقتضى عدمه نقيض حكمة المسبب وقضيته على تقدير تسليم انه شرط له انه لابد من لزوم البيع لان عدم الامضاء وهو الفسخ مع الاخذ بالشفعة قبله يقتضي نقيض حكمة الشفعة اذ حكمتها والمصلحة فيها ازالة الضرر فالاخذ بها مع عدم الضرر مناف لحكمتها ولك ان تقول ان مراده في الايضاح ان كان الامضاء شرطا لكونه سببا كان لزومها متوقفا على لزومه لانها حينئذ اذ ثبتت لزمت وان كان الامضاء شرطا للحكم اي ثبوت الشفعة ولزومها كان مجرد وقوعه موجبا لثبوتها سواء قلنا بانه حينئذ تكون لازمة وتسقط خياره كما هو خيرة المتقدمين او تسقط بعدم الامضاء كما هو راي المصنف ومن تاخر عنه كما تقدم وهذا يحتاج الى تجشم شديد ومسامحات كثيرة في التعبير لتحصيله مع انه يرجع بالاخرة الى ان امضاء البيع هل هو شرط للزومها او شرط للزومها لانه اذا كان شرطا لسببية السبب رجع بالاخرة الى كونه شرطا للزومها فليلحظ فانه دقيق وان ابقينا كلام الايضاح على ظاهره حتى يكون المعنى هل الامضاء شرط

ولو جهلا قدر الثمن او اخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل اليه او اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين . (متن)

لسببية البيع لها حتى لايثبت بدونه كما هو معنى قولنا هو شرط لثبوتها فليحفظ ذلك وليتأمل فيه (وقد) عرفت ان الاصل وعمومات النص تقضي بخلافه وتخصيص العموم المستفاد من ألفة لانها اقوى منه من وجوه فتأمل (قوله) —*﴿ ولو جهلا قدر الثمن ﴾*— اي لو جهل كل من المشتري والشفيع قدر الثمن فان الشفعة تبطل لفقد الشرط الذي هو تسليم الثمن المعين لان الشفيع انما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ولا يملك ولا يتم ملكه الا بتسليمه فكان العلم بكميته شرطا وانما ارجعنا الضمير الى المشتري والشفيع لان المعاملة الثانية واقعة بينهما ويتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهالة ولا كذلك البائع والمشتري وان امكن ذلك على بعض الوجوه ويتصور ذلك فيما اذا اشتراه الوكيل ومات وفيما اذا قال المشتري نسيته وحلف وكيف كان فالحكم بالبطلان حين جهل المشتري والشفيع قدر الثمن خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك وقضية اطلاقهم انه لا فرق بين ان يدفع قدرا يعلم اشتمال الثمن عليه ويتبرع بالزائد ان اتفق او عدمه مع احتمال الاكتفاء بذلك لصدق تسليم الثمن وزيادة لكنه لم يذكر ذلك غير صاحب المسالك ولعله لعدم معرفة الارش على تقدير العيب وعدم امكان الرجوع الى الثمن على تقدير ظهور المبيع مستحقا كما تقدم كما ان قضية تعليلهم وظاهر كلامهم ان الثمن جزء مملك وانه لا يملك بالصيغة فقط لانهم جعلوا الجهل بالثمن وظهور استحقاقه وتاخير المطالبة من واد واحد وذلك يقضي بعدم حصول الملك بالصيغة مع الجهل فقولهم بطل لا يقضي بانه ملك بالصيغة لو كان اخذ بها ثم انفسخ كما نبهنا على ذلك هناك فليتأمل وقد عرفت فيما سلف ان الجهل على قسمين (قوله) —*﴿ اواخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل اليه ﴾*— كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك قال في التذكرة لا يجب الطلب في بلد المبايعة فلو بيع الشقص بمصر ثم وجد الشفيع المشتري بمصر آخر فاخر الطلب فلما رجعا الى مصره طالبه بالشفعة لم يكن له ذلك وسقطت شفعته فان اعتذر عن التاخير باني انما تركت الطلب لاخذ في موضع الشفعة لم يكن ذلك عذرا وقلنا له ليس تقف المطالبة على تسليم الشقص فكان ينبغي ان تطلبها حال علمك بها فبطل حقك لاستغناء الاخذ عن الحضور عند الشقص انتهى وهو نحو ما في المبسوط وحاصله ان تاخير الاخذ لاجل قبض الشقص او الوصول اليه مناف للفور وليس عذرا بل الواجب عليه ان ياخذ ويدفع الثمن ثم يسعى في تحصيل الشقص سواء اعتبرنا التقابض معا او لم نعتبره لان حكمها الفور في الاخذ ويتعين هنا التولي وتسليم الشقص حكم آخر ولا يخفى ما في التذكرة من قوله ثم وجد الشفيع المشتري الى آخره لانه بعد علمه يجب عليه السعي بنفسه او وكيله فان اهمل بطلت كما هو الشان في المسافر الا ان يقال ان المراد ان ذلك مع العجز او يقال انه يعدل عن اطلاق قوله ثم وجد الشفيع الشامل لما اذا وجده اتفاقا لمكان قوله فكان ينبغي ان تطلبها حال علمك فتامل (قوله) —*﴿ او اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين ﴾*— كما في الشرائع والتحرير والحواشي وجامع المقاصد والمسالك لكن في الشرائع التقييد بالمعين ولعله تركه لوضوحه وهو قضية ما في المبسوط والشرائع والتحرير ايضا وغيرها من انه لو تصادق الشفيع والمشتري على غصبية الثمن المعين بطلت وقضية ما في التذكرة والارشاد وشرحيه والدروس من انه لو بان مستحقا بطلت وقد صرح جماعة بان كل ذلك اذا لم يجز المالك وهو كذلك فيما ياخذ الشفيع منه والفرق بين ظهور استحقاقه وبين تصادقهما عليه ان عدم الاستحقاق في الثاني انما جاء من تصادقهما وقد يكونان كاذبين في الواقع ولا كذلك الاول فانه فيه غير متحقق في الواقع ولو تصادق البائع والمشتري لم

او تلفه قبل قبضه بطلت على اشكال وتجوز الحيلة على الاسقاط بان يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا او يبرئه من الزائد او ينقله بغير بيع كصلح او هبة (متن)

ينفد على الشفيع كما ان اقراره لا ينفد عليها (قوله) ﴿ او تلفه قبل قبضه بطلت على اشكال ﴾ هذا على نسخة تلفه فرع على المسئلة السابقة من انه اذا تلف الثمن المعين قبل قبضه هل تبطل ام لا وقد تقدم فيها الكلام مسبغا وان الاصح عدم بطلانها وهذه النسخة هي التي بنى عليها في الايضاح والحواشي وجامع المقاصد فيكون المراد وكذا تبطل لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المعين قبل قبض البائع له على اشكال وقد حكى في الايضاح عن الشيخ في المسئلة انه حكم بالبطلان والشيخ في المبسوط انما حكم فيما اذا تلف لا فيما اذا اعترف ولا تعرض له في غيره ولعله لمكان اتحاد الطريق وعلى نسخة تلف بالماضي يكون تكرارا وظاهر العبارة ان الاشكال في المسائل الثلاث والشارحون جعلوه في الثالثة فقط ولعله لانه لاوجه لتعميمه وكيف كان فالمصرح بالبطلان في صورة الاعتراف ولده والشهيد في الحواشي والمحقق الثاني وقد تقدم بيان وجهه (قوله) ﴿ وتجوز الحيلة على الاسقاط ﴾ بالمباح مطلقا عندنا وعند جماعة من العامة خلافا لاحمد بن حنبل كما في التذكرة ولا كراهية في ذلك كما فيها ايضا وفي المسالك للاصل وانه ليس فيها دفع حق عن الغير فانها انما تثبت بعد البيع مع عدم المعارض فاذا لم يوجد بيع او وجد مع المعارض فلا شفعة والاصح في وجهي الشافعية وهو خيرة محمد بن الحسن الشيباني انها تكره لما فيها من ابقاء الضرر على الشريك واما الحيلة بالحرام فكما اذا تعاقدا بثمن واظهرا اكثر منه لاسقاط الشفعة فانه لا يجوز اجماعا كما في التحرير وكما اذا تبايعا واظهرا الانتقال بغير البيع كصلح او هبة والغرض من الاسقاط في قولهم تجوز الحيلة على الاسقاط انه يجوز رفع تحقق الشبهة كما اذا صالح وفعل مايوجب غالبا من الشفيع النزول عنها واسقاطها كما اذا باعه بزيادة عن الثمن ثم دفع له عوضا قليلا فاطلاق الاسقاط لايخلو من مسامحة وتجوز اذ الاسقاط في الاول بعدم الثبوت وقد اقاموا اعراض الشفيع مقام الاسقاط والا فالشفعة لاتسقط (قوله) ﴿ بان يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا او يبرئه من الزائد او ينقله بغير بيع كصلح او هبة ﴾ الى غير ذلك من الصور التي (منها) ان يبيعه بثمن قيمي ويقبضه البائع ويبادر الى اتلافه قبل العلم بقيمته فتندفع الشفعة لمكان الجهل بالثمن (ومنها) ان يبيع عشر الشقص بتسعة اعشار قيمته ثم يبيع تسعة اعشاره الاخر بعشر قيمته فلا يتمكن الشفيع من اخذ العشر لزيادة قيمته ولا من اخذ التسعة اعشار لمكان تكثر الشركاء (ومنها) ان يبيعه المشتري سلعته باضعاف قيمتها ثم يشتري الشقص بذلك الثمن (ومنها) ان يؤجره الدار مدة كثيرة بقليل ثم يبيعه بالثمن الذي تراضيا عليه (وبيان) المثال الاول في كلام المصنف ان يبيع الشقص بزيادة عن الثمن اضعافا مضاعفة وياخد منه عرضا قيمته مثل الثمن الذي تراضيا عليه عوضا عن القدر المجهول ثمنا فان اخذ الشفيع بالشفعة لزمه الثمن الذي وقع عليه العقد لاقيمة العرض لان ذلك معاوضة اخرى بين المشتري والبائع ومقتضى كلامهم كما هو صريح الشرائع والمسالك والكفاية ان الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري وجاز للبائع اخذه وان كان بينهما مواطاة على ذلك اذ لايستحق المشتري ان ياخذ من الشفيع الا ماثبت في ذمته ولا يثبت في ذمته الا مايستحق البائع المطالبة به لكن قال في التحرير لو خالف احدهما ماتواطئا عليه فطالب صاحبه بما ظهر لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن لان صاحبه انما رضي بالعقد للتواطي انتهى وفيه زيادة على ماعرفت ان الظاهر ان المطالبة بين البائع والمشتري ومخالفة البائع في مطالبته للمشتري بالثمن الكثير ظاهرة واما مخالفة المشتري في مطالبته للبائع وفعله الحرام فلا تكاد تتصور في جميع الامثلة لانه اذا خالف اعترف بالاقل وحينئذ لا اثم عليه بل لو خرجنا عن ظاهره وقلنا المراد مطالبة الشفيع لانه صاحبه فلا اثم عليه ايضا لانه اذا

ولو قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت او قاسمني بطلت ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة ولو كانت الارض مشغولة بالزرع فان اخذه الشفيع وجب الصبر وهل له الترك عاجلا والاخذ وقت الحصاد نظر ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت وللمشتري الاول الشفعة على الثاني (متن)

اعترف بالاول فانما يطالبه به لاغير الا ان تقول ان المراد يحرم عليه مطالبة الشفيع بالزائد لو لم يظهر المواطاة واخذمنه الزائد فهو كما ترى خال عن التحرير في الحكم والتعبير (قوله) =*﴿ ولو قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت او قاسمني بطلت ﴾*= كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد ووجهه ظاهر لانه مناف للفور فكان كقوله اشتريت غاليا او رخيصا ولانه يتضمن الرضا بملكه واستقراره وفي التحرير والدروس لو قال صالحني عن الشفعة بمال فالوجه انها لاتسقط لانه لم يرض باسقاطها وانما رضي بالمعاوضة عنها قال في الاخير فان صالحه والا فله المطالبة (قلت) ويبقى الكلام في منافاته الفورية ويأتي بيانه (قوله) =*﴿ ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة ﴾*= كما في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وكذا الدروس وفي المفاتيح نسبته الى القيل وظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه حيث قيل فيهما عندنا لانها حق مالي ثابت فيجوز عليه الصلح قال في جامع المقاصد فان قيل اذا شرع في عقد الصلح كان ذلك منافيا للفور فتبطل (قلت) قد علم ان ما اقتضته العادة لايقدح مثل السلام والدعاء ولا تزيد الصلح عليهما على انه قد يتصور الصلح مع الوكيل فان التراخي من قبله على خلاف المصلحة لا يبطل حق الموكل (قلت) يتصور بان يصالح الشفيع المشتري قبل ان يعلم بثمن المبيع كما اذا كان المشتري وكيله ولما يأت اليه فيخبره او بان يصالح الولي والغبطة في الاخذ على المشهور او والغبطة في الصلح على مختار الخلاف كما تقدم ولو كان عوض الصلح بعض الشقص فوجهان اصحهما الصحة للعموم والصلح ليس اخذا بالشفعة حتى يقدح فيه تبعيض الصفقة بل هو معاملة اخرى على حق الشفعة (قوله) =*﴿ ولو كانت الارض مشغولة بالزرع فان اخذه الشفيع وجب الصبر وهل له الترك عاجلا والاخذ وقت الحصاد نظر ﴾*= قد تقدم الكلام فيه في اواخر الفصل الثالث عند قوله ولو زرع الشفيع فللمشتري اخذه مبقا مستوفى والمراد بالزرع الزرع الذي وقع على احد الوجوه التي تقدم تصويرها (قوله) =*﴿ ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ﴾*= كما هو خيرة المبسوط والمهذب مصرحا به فيما اذا باع بشرط الخيار والوسيلة والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان وكذلك المسالك وما حكيناه عن الشرائع هو الموجود في نسخ ثلاثة مصححة محشاة فان فيها ولو قيل ليس له الاخذ في الصورتين كان حسنا والموجود في المسالك ولو قيل له الاخذ من دون ليس وقد شرح كلامه بناء على ذلك وقال ان مختاره عدم البطلان في الصورتين لان الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه فيستصحب لاصالة عدم السقوط ولقيام السبب المقتضي له وهو الشراء فيجب ان يحصل المسبب وحجة الشيخ والجماعة انه ازال سبب استحقاقه فزال الاستحقاق ولا نسلم ان السبب الشراء بل هو مع الشركة وقد زال احد جزئي السبب فيزول فصار شريكا مقاسما (وقد) قالوا عليهم السلام لا شفعة الا لشريك غير مقاسم لم يقاسم وان الشفعة لازالة الضرر ولا ضرر هنا بل الاخذ يحصل ضرر على المشتري وليس في مقابلة دفع ضرر عن الشفيع فتأمل ولعله الاقوى مع عدم الظفر بالخلاف في ذلك ولم يثبت خلاف المسالك بل الظاهر وجود غلط في نسخته او زاغ نظره الشريف عنه و يشهد لذلك شهادة الشهيد بذلك كما ستسمعه في صورة الجهل (قوله) =*﴿ وللمشتري الاول الشفعة على الثاني ﴾*= وجهه ظاهر لان المشتري الاول شريك قديم وقد حدث عليه ملك المشتري الثاني

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء فله اخذ الشقص من المشتري الاول وهل للمشتري الاول شفعة على الثاني فيه اشكال ينشأ من ثبوت السبب ومن تزلزله لانه يؤخذ بالشفعة (متن)

(قوله) ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة كما صرح بذلك كله في التذكرة وكذا التحرير ولعله اراد بالتوجيه ما ذكره في جامع المقاصد من ان استحقاق الشفعة في هذا الفرد المعين ينحصر في سببية الشركة بالشقص المذكور فاذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو هو والباقي غيره ولم يكن له تاثير في استحقاق الشفعة فلا يحدث له تأثير بعد ذلك لانه انما يؤثر اذا كان موجودا وقت البيع (وقد) عرفت ان الموجود وقت البيع غيره وقد زال فلا يلزم من كون الباقي يوجب الشفعة في الجميع لو كان ابتداء ان يوجبها في محل النزاع انتهى وقال ان السقوط متجه (ونحن) نقول ان المقتضي للشفعة حين البيع كان موجودا قطعا وهو الشركة مع جميع شرائطها وبيع البعض لا يقدح في شيء منها ولا يبطل تاثير ما قد علمت سببيته وعلى تقدير التنزل نقول انا نشك في مانعيته مع عدم الاخلال بالفورية كما هو الفرض فينفي بالاصل والاستصحاب وما ادعاه من الحصر ممنوع لانه يقضي بعدمها لو ذهب بعض شقص الشفيع بحرق او غرق ونحوه ولا اظن احدا يقول به وليس له ان يفرق بعدم العلة في محل النزاع اعني الضرر لانه ادخل شريكا اخر معه وكذلك التلف لان المفروض ثبوتها مع تعدد الشركاء ثم انه قد ينقض بما اذا عفى بعض الورثة عن نصيبه او باع فانه لا يسقط حق الباقين ثم اعترض على العبارة بان قوله وقلنا بثبوتها مع الكثرة يقتضي ان تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة وان لم يكن الشفيع الا واحدا فان الشفيع بالنسبة الى المشتري ليس الا واحدا بل شفعته ثبتت قبل حدوث الكثرة فينبغي ان لا يكون لها اثر في المنع ان لم يكن بيع الشقص مانعا وبالجملة لا يكون ثبوت الشفعة على المشتري الاول من فروع الكثرة نعم في الثاني يجيء ذلك ان كان المانع تعدد الشركاء وان كان الشفيع واحدا انتهى مع انه قد تقدم له في الكثرة المانعة ان المراد بها الاعم من السابقة على عقد البيع ومن اللاحقة واستند في ذلك الى ظاهر قوله (ع) فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة الا ان تقول بالفرق بين المقامين بانه هنا استحق الشفعة قبل تحقق الكثرة وهناك استحقها مع تحقق الكثرة فليلحظ ذلك في اول الفصل الثاني عند قوله ولا تثبت لغير الشريك الواحد وفي آخر فروع الكثرة فقد اسبغنا الكلام في المقامين (قوله) والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء كما في التذكرة والتحرير والاولى الاستدلال عليه بما ذكرناه (قوله) فله اخذ الشقص من المشتري الاول اي ان قلنا بالثبوت كما هو الاقوى (قوله) وهل للمشتري الاول شفعة على الثاني فيه اشكال ينشأ من ثبوت السبب ومن تزلزله لانه يؤخذ بالشفعة كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو يقتضي بان الاشكال فيما اذا لم يأخذه الشفيع من المشتري الاول قبل ان ياخذ من المشتري الثاني واما اذا اخذه فلا اشكال في عدم ثبوتها لان الشركة التي هي سبب في جواز الاخذ اذا زالت ولما اخذ كان الاخذ ممتنعا اذ لا سبب له بل ينبغي من المصنف ان لا يستشكل في الاولى ايضا لانه سبق له في آخر الفصل الاول واول الفصل الثالث ان الخيار لا يمنع استحقاق الشفعة في الشقص المشفوع فكيف يكون مانعا اذا ثبت في الشقص الذي هو سبب الشفعة فتأمل والحاصل ان التزلزل لا يبطل تاثير ما قد علمت سببيته فالاصح الاثبت الثبوت وهذا كله على تقدير الثبوت للشفيع وعلى تقدير السقوط فللمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني ان اثبتناها مع الكثرة (قوله)

اما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي البطلان اشكال ينشأ من زوال السبب ومن ثبوته وقت البيع والشفعة موروثة كالمال على رأي (متن)

=*﴿ اما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه في البطلان اشكال ينشأ من زوال السبب ومن ثبوته وقت البيع ﴾*= ونحوه ما في التحرير والحواشي والدروس من عدم الترجيح مع الميل في الاخير الى البطلان وهو خيرة الارشاد والمختلف وجامع المقاصد ومجمع البرهان وفي المسالك انه لا يخلو من قوة وقال في الشرائع لو قيل ليس له الاخذ به كان حسنا وقد نسبه اليه الشهيد في الدروس لمكان هذه العبارة وهو مما يشهد على صحة النسخ الثلث التي عندنا وان ما في المسالك من سهو القلم وبه جعل الاقوى ثلاثة وانما هما قولان لا غير كما ستعرف قال في المبسوط ان الاقوى عدم البطلان وبه جزم في جامع الشرائع وظاهر الوسيلة وقد فهم ذلك من المهذب لكن تعليله قد يقضي بخلاف ما يفهم من كلامه ولا تعرض له فيما عدى ذلك من الكتب بأسرها حتى التذكرة والايضاح الا ان تقول انه يفهم ذلك من مفهوم كلامهم في المسئلة السابقة وقد بين المصنف وجه الاشكال وهو لو تم لجرى فيما اذا باع عالما الا ان يقال ان المراد بثبوته وقت البيع وسبق استحقاقه والاصل بقائه ولم يصدر منه ما يبطله على عمد وتقصير فكان معذورا واما في صورة العلم فان البيع يؤذن بالاعراض كما اذا بارك وضمن الدرك وفيه ان الجهل مع انتفاء السبب لا اثر له لان خطاب الوضع لا يتفاوت الحال فيه بالعلم والجهل وبيان ذلك ان السبب في مشروعية الاخذ ليس هو الشراء وقد زال احد جزئي السبب نيزول وقولهم عليهم السلام لا شفعة لشريك غير مقاسم لمقاسم خطاب وضعي يتناول الجاهل والغافل على ان الشفعة لازالة الضرر ولا ضرر هنا بل بالاخذ يحصل الضرر على المشتري وليس في مقابلة دفع ضرر عن الشفيع وقد يقال يجيء الاشكال ايضا فيما اذا باع الشريك ولم يعلم شريكه حتى قاسمه بوكالته عن المشتري ثم علم فهل له الاخذ بها حينئذ وجهان وقد عرفت ان الشيخ ومن وافقه قالوا بالبطلان في صورة العلم فكان مفصلين ولما توهم صاحب المسالك على الشرائع جعل ذلك قولا ثالثا للمحقق وهو عدم البطلان في الصورتين (قوله)

=*﴿ والشفعة موروثة كالمال على رأي ﴾*= هو خيرة المقنعة والانتصار والخلاف في باب البيع والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والدروس والحواشي واللمعة والمقتصر والتنقيح وغاية المرام فيما حكي عنه وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وكذا التذكرة والايضاح وهو المحكي عن ابي علي وظاهر الانتصار الاجماع عليه حيث قال الشفعة تورث عندنا وفي جامع الشرائع انه الاصح عند اصحابنا وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي السرائر انه الاظهر من اقوال اصحابنا وانه مذهب المفيد والمرتضى وجملة اصحابنا وقصر الخلاف على الشيخ في النهاية وقال انه رجع في الخلاف الى الوفاق وقال بعد ذلك انما تمسك من ذهب الى انها لا تورث باخبار احاد لا توجب علما ولا عملا فكيف تترك بها الادلة والاجماع وفي المسالك انه مذهب الاكثر ومنهم الشيخ في بيع الخلاف والمفيد والمرتضى وابو علي وجملة المتأخرين ومثله قال في الكفاية الا انه ابدل الجملة بالجمهور وفي الرياض تارة انه المشهور بل كاد يكون اجماعا ونسبه اخرى الى عامة المتأخرين والمخالف الشيخ في النهاية والخلاف في باب الشفعة والقاضي في المهذب وابن حمزة في الوسيلة والطبرسي فيما حكي عنه وحكي في كاشف الرموز عن الصدوق انه روى في المقنع والفقيه خبر طلحة ولم نجده فيما عندنا من نسخ المقنع وفي مجمع البرهان لعله اظهر لمكان الادلة العقلية والنقلية الدالة على المنع ورواية طلحة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك اذ شمول اية الارث لذلك غير ظاهر فتأمل انتهى وفي الخلاف انه منصوص لاصحابنا وفي المبسوط انه المروي وانه مذهب الاكثر ولا ترجيح فيه كما لا ترجيح في الغنية ولا تعرض لذلك في المراسم والكافي وفقه الراوندي والاول هو الاقوى للظن الحاصل من عمومات

سواء طالب الموروث ام لا فللزوجة مع الولد الثمن (متن)

الارث وعمومات الباب والاجماع الظاهر من الانتصار والجامع والتنقيح بل هو معلوم من المتأخرين ولم يجزم بالخلاف المقدس الاردبيلي فلا خلاف فيهم اصلا بل الاجماع صريح السرائر في آخر كلامه والخبر المروي في المسالك والمفاتيح من قوله (ص) ماترك الميت من حق فهو لوارثه وحق الشفعة مما ترك فيجب ان يدخل فيه وفي عمومات الارث كما دخل فيها الخيار الثابت للمورث بالاتفاق وكذلك حق القذف وغيره (واما) مارواه الشيخ عن ابن عيسى عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن علي (ع) انه قال قال رسول الله (ص) لاتورث الشفعة او ان عليا عليه السلام قال ذلك على الاحتمال في العطف لكن الظاهر من التهذيب الاول وقد رواه الصدوق في الصحيح عن طلحة عن جعفر عن ابيه عن علي (ع) فانه وان كان الظاهر انها عد حديث طلحة من القوي او الموثق لان كتابه معتمد وانه داخل تحت اجماع العدة وان صفوان يروي عنه وان محمد بن يحيى هو الخزاز الثقة بالقرائن الا ان اعراض المفيد عنه والشيخ في بيع الخلاف واباعلي وابني سعيد وجميع المتأخرين وعدم الترجيح به في المبسوط والغنية وغيرها مما يوهن الاعتماد عليه في تخصيص تلك الادلة لكن يخطر في البال قويا ان اعراض المتأخرين عنه انما هو لان طلحة تبري كما صرح بذلك جماعة وانهم لم يعرفوا محمد بن يحيى كما ذكره بعضهم لالامر آخر لانعرفه فان صح مافي المبسوط من نسبة القول بالعدم الى الاكثر توفرت شرائط العمل بالخبر لكن يوهن ذلك توقفه فيه فيه ومصيره في بيع الخلاف الى خلافه وهو متأخر عن الشفعة ومخالفة من تقدمه وعاصره واكثر من تأخر عنه له مضافا الى اجماع السرائر وقد قال في الدروس لم يعتمد على هذا الخبر الاجماع ولا قول الاكثر انتهى (نعم) ان كان مايرويه الصدوق هو مايفتي به كما ذكر في خطبته كان موافقا له وحده لكن الظاهر منه بعد ذلك خلاف ذلك فينحصر الخلاف الصرف في ثلثة بل في اثنين لانا لم نر كلام الطبرسي وانما حكي لنا عنه وعلى التقديرين يكون نادرا ثم ان الخبر يحمل على التقية لأن العدم مذهب الثوري وابي حنيفة واحمد او على ان الغالب في الورثة الاخلال بالفورية وتاخير الطلب وقد احتج الشيخ بان ملك الوارث متجدد على الشراء فلا يستحق شفعة واجيب بانه ياخذ مااستحقه مورثه وحقه سابق فلا يقدح تجدد ملكه وقول المصنف كالمال يحتمل ان يكون اشارة الى دليل الارث او الى كيفيته وكلاهما صحيح (قوله) ﴿ سواء طالب الموروث ام لا ﴾ اي على وجه لايخل بالفورية فيهما (قوله) ﴿ فللزوجة مع الولد الثمن ﴾ خص المثال بالزوجية لدفع توهم انها لاترث من الشفعة من حيث انها تحرم من الارض عينا وقيمة ومن عين الاشجار ونحوها فلو بيعت الارض وحدها ولم يكن الزوجة ولد فلا شفعة لها ولو بيعت مع الاشجار والابنية فكذلك على الاظهر الا ان يكون للارض شرب فلها الشفعة لان لها حقا في الماء وقد نبه المصنف بذلك ايضا على ان القسمة على السهام كما طفحت به عبارات اصحابنا من غير خلاف اصلا منهم من تعرض له .قال في المبسوط فمن اثبت الميراث في الشفعة ورثه على فرائض الله فان خلف زوجة وابنا كان لها الثمن والباقي لابنه وعلى هذا ابدا عند من قسمه على الانصباء ومن قسمه على الرؤس جعله بينهما نصفين انتهى وكان كلامه في التفريع غير ملتئم مع الكلية والامر هين لان الجمع ممكن وقد نبه الجماعة على كلامه الاول الى المختلف فقال ان كلامه الاخير يصير المسئلة خلافية ثم اختار انها على قدر الانصباء (قلت) هو خلاف بين العامة قطعا كما نسمع وبه اعترف جماعة ولم يختلف في ذلك منا اثنان ولا تلتفت الى ما في الكفاية والمفاتيح من ان المسئلة خلافية فانهما قد تبعا المختلف والمسالك وقد توهم شيخنا صاحب الرياض على المقدس الاردبيلي انه تامل في ذلك وقال في الرياض انه لا يخلو عن قوة والاصل يقتضي التسوية وان حجتهم غير واضحة (قلت) ما توهمه على المقدس الاردبيلي وهم قطعا لانه قال في موضع دليل ثبوتها يعني القسمة هو دليل الارث ولا ينبغي الخروج عنه

ولو لم يكن وارث فهي للامام فان عفى احد الوراث عن نصيبه لم تسقط وكان للباقين اخذ الجميع او الترك (متن)

ولكن في شمول دليله يعني الارث لها يعني الشفعة تامل وقد تقدم انتهى والذي تقدم له قوله في موضع آخر ان شمول آية الارث لها يعني الشفعة غير ظاهر فتأمل انتهى وبعد تسليم انها مورثة وانها حق ومال فالحجة على قسمتها على السهام من الواضحات ولهذا قال الاردبيلي لا ينبغي الخروج عنه وقال في المختلف انهم اي الورثة بالارث ياخذون لا باعتبار الشركة ولهذا اثبتناها من لم يثبت الشفعة مع الكثرة انتهى وبذلك فرق بين الامرين في المسالك قال انه انتقل اليهم على حد الارث لا باعتبار الشركة ولهذا اثبتها من لم يقل بالشفعة مع الكثرة انتهى فاصل التسوية انما يجري فيما لو كان الاستحقاق باعتبار الشركة لان كل واحد من الشركاء يستحق باعتبار نفسه والوارث يستحقها باعتبار مورثه ونعم ماقال في الدروس ليس هذا مبنيا على الكثرة لان مصدرها واحد فيقسم على السهام ولك ان تقول هل الوارث ياخذ بسبب انه شريك ام ياخذ للمورث ثم يخلفه فيه فعلى الاول يتجه القول بالروس وعلى الثاني لا انتهى ثم ذكر رد المختلف له ساكتا عليه وقال في التذكرة اختلفت الشافعية فقال بعضهم ان الشافعي قال انها على عدد الروس ونقله المزني عنه وقال بعضهم هذا لا يحفظ عن الشافعي فان الجماعة اذا ورثوا اخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولا واحدا لانهم يرثون بالشفعة عن الميت لا انهم ياخذونها بالملك (قوله) ولو لم يكن وارث فهي للامام — في حال الغيبة حكمها حكم سائر ميراث من لا وارث له (قوله) — فان عفى احد الوراث عن نصيبه لم تسقط — اي الشفعة كما في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والحواشي والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض وهو قضية كلام الارشاد والدروس بل صريحها نعم قال في الشرائع ان فيه ترددا ضعيفا وفسره في المسالك باحتمال سقوط حق الآخر بعفو صاحبه وان لم نقل بذلك في الشريكين لان الوارث يقوم مقام المورث فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض فيسقط الباقي قال بل لم يذكره كثير قلت هذا احد وجهي الشافعية ذكره لهم في التذكرة واشار اليه في المبسوط فلا معنى لقوله في المفاتيح قيل ولا لقوله في الكفاية انه المشهور لان كل من تعرض له وهم من عرفتهم حكم به من دون تردد ولا نقل خلاف الا ما سمعته عن الشرائع ووجه ما عليه الاصحاب ظاهر لان الحق الجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره ووجه ضعف الاحتمال ان الشركاء في الارث يصيرون بمنزلة الشركاء في اصل الشفعة لانها شفعة واحدة بين الشركاء بارث او شركة ولا يسقط حق البعض بعفو البعض لانه عفى عن كل حقه فلم يسقط حق شريكه بخلاف عفو المورث عن بعض نصيبه فان حقه في المجموع من حيث المجموع لا في الابعاض فعفوه عن بعض حقه كعفوه عن جميعه(*) (قوله) وكان للباقين اخذ الجميع او الترك — لانها انما شرعت لازالة الضرر بالشركة ولو اجزنا له ذلك تطرق الضرر الى المشتري ببقائها وتبعض الصفقة عليه وقد صرح بالحكم في المبسوط وما ذكره بعده آنفا ما عدا التذكرة ومجمع البرهان وهو قضية كلام المبسوط في موضع آخر حيث قال فاذا عفى احدهما توفر حقه على شريكه واما التذكرة فانه بعد ان وافق قال فيها والوجه ان حق العافي للمشتري لانهما لو عفوا معا لكان الشقص له فكذا اذا عفى احدهما يكون نصيبه له بخلاف حد القذف فانه وضع للزجر فلله تعالى فيه حق (قلت) فيكون كالقصاص وهذا اختيار ابي علي فيما اذا عفى احد الشركاء بالاصالة وقد تقدم ذكره في فروع الكثرة لكنهم جميعا هناك اطبقوا على خلافه واما مجمع البرهان فقد قال فيه ليس للباقين اخذ حصتهم فقط وفيه تامل فان الاصل والاستصحاب يقضيان بجواز اخذ الحصة فقط ولعل عدم التبعيض مجمع عليه انتهى ويرد ما في التذكرة

(*) ولعل الاصل في الاحتمال انه انتقل اليهم على حد الارث وانهم ياخذون للمورث كما تقدم كما نبه عليه في المسالك

اما لو عفى الميت او اخر الطلب مع امكانه فانها تبطل ولو عفى احد الوراث وطالب الاخر فيات المطالب وورثه العافي فله الاخذ بالشفعة على اشكال ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة وكذا لو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث في الدين (متن)

وابا على ان الشفعة لا تنتقل بعفو ولا بتمليك مالكها ولهذا لو عفى عنها لمن لا حق له فانه لا يستحقها والشريك انما استحقها جميعها بسبب شركته لا بسبب عفو شريكه (قوله) اما لو عفى الميت او اخر الطلب مع امكانه فانها تبطل — يريد ان عفو احد الوراث ليس كعفو الوارث لانها تبطل بعفو الثاني دون الاول كما هو واضح مما تقدم (قوله) ولو عفى احد الوراث وطالب الاخر فمات المطالب وورثه العافي فله الاخذ بالشفعة على اشكال — اصحه ان له ذلك كما في الايضاح وجامع المقاصد وحكى في الحواشي عن ولد المصنف انه قال انه قول اصحابنا ولعله سمعه منه شفاها اذ لا تعرض له في الايضاح ولا في شرح الارشاد ثم انا لم نجد احدا تعرض له غير هؤلاء وان كان الحكم اجماعيا مقطوعا به عند القائلين بانها موروثة ووجهه ان المطالب يستحق الجميع فينتقل استحقاقه بموته الى وارثه ولا يضر عفو الوارث عن حقه قبل ذلك لان هذا حق آخر تجدد يستحق به لذاته لمكان الشركة كمال الشفعة ولامدخل لعفوه فيه بنفي ولا اثبات اما النفي فلانهما حقان غير ان هذا بالارث من ابيه وهذا من اخيه فلا يسقط احدهما بسقوط الآخر واما الاثبات فلان المطالب انما استحق بعد عفو اخيه كمال الشفعة باعتبار شركته ولا مدخل فيها لعفو اخيه لما سمعته آنفا من انها لا تنتقل بعفو ولا تمليك وبعد اللتيا والتي (قلنا) انها تنتقل بالارث اذا تمهد هذا عرفت ان ما قاله الشهيد في حواشيه ليس في محله قال فيه نظر لانه اما ان ياخذ نصيبه ونصيب الميت او نصيب الميت وحده والثاني محال لاستلزامه تبعيض الصفقة والاول يستلزم ان يكون قد عفى عن شفعة استحقها بمعنى انه له اخذها بعد العفو وهو لم يرد شرعا انتهى لانا نختار الاول بالتحرير الذي عرفته سلمنا ان نصيب العافي استحقه الاخر المطالب بالعفو وان العفو جزء مملك لا شرط لكنا نقول اذا انتفى استحقاق الباقي من الاخوين الشفعة بسبب عفوه فلا ينتفي استحقاقه بسبب الارث لانه سبب آخر جديد وليس هو ابعد حالا ممن لا يستحق شفعة اصلا وانما اذا انتقلت اليه بالارث وقد نبه على ذلك في جامع المقاصد ومما حكيناه عن الشهيد يعرف الوجه الثاني من الاشكال (قوله) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة — كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الوارث هو المالك للشقص المتروك قال في جامع المقاصد هذا بناء على ان التركة تنتقل الى الوارث وان استغرقها الدين (قلت) قد تسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميت وغيرهم على تقدير الاستيعاب وعدمه على ان المحاكمة للوارث فيما يدعيه وما يدعى عليه وانه لو اقام شاهدا بدين حلف هو دون الديان وانه اولى بالعين اذا ارادها ومن المعلوم ان الانسان لا يحلف لاثبات حق غيره فيكون مستثنى فاثبات الشفعة له هنا اما لانها مستثناة كذلك واما لانه يملك بمجرد ذلك او لانه ولي الميت فكان له ان ياخذها كولي الطفل ثم ان الشيخ والجماعة القائلين ببقائها على حكم مال الميت لم يذكروا هذا الفرع ولعله لانه لا شفعة له وهو كذلك على المختار (قوله) ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة — كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد قال في الاخير لان البيع في الحقيقة لملك الوارث وقال في المبسوط لان ملك الورثة بمنزلة المتاخر عن البيع والملك الحادث بعد البيع لا يستحق به الشفعة انتهى (قلت) معناه انه ليس بمالك الآن لان التركة على حكم مال الميت ولا يملك الوارث الا بعد قضاء الدين فيكون ملكه متاخرا ولو قلنا ان الوارث يملك الزائد عن قدر الدين قام احتمال ثبوتها لانه شريك (قوله) وكذا لو كان الوارث شريكا للموروث فبيع

ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع اخذه بالشفعة لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل ولو وصى لانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة ويحتمل الموصى له ان قلنا انه يملك بالموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا بينا ان الملك كان له ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث لانا لا نعلم ان الملك له قبل الرد ويحتمل مطالبة الوارث لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق (متن)

نصيب الموروث في الدين ﴾— اي لا شفعة له كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لان البيع لبعض ماله كما في جامع المقاصد وان قلنا انها باقية على حكم مال الميت ثبتت الشفعة وبه صرح في المبسوط جازما به لانه الآن غير مالك بل هو شريك (قوله) —﴿ ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع اخذه بالشفعة لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل ﴾— كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لان الوصية به لا تزيد عن بيعه ووقفه ونحو ذلك بل هي اخف وقد تقدم ان للشفيع الاخذ بشفعته لسبق حقه وابطال جميع ذلك (قوله) —﴿ ولو وصى لانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة ويحتمل الموصى له ان قلنا انه يملك بالموت ﴾— الوجهان المبنيان على ان القبول هل هو كاشف كما هو المشهور او ناقل وبيانه انه لو اوصى بشقصه لزيد ثم مات فباع شريكه حصته من آخر قبل قبول الموصى له ورده ففي مستحق الشفعة وجهان بل قولان (احدهما) انه الورثة لان الملك ينتقل اليهم بالموت ولا يستحق الموصى له الا بالقبول وهذا مبني على ان القبول ناقل (والثاني) ان المستحق هو الموصى له وهو مبني على ان القبول يكشف عن الملك بالموت كما ان عدمه ينكشف بالرد فالنماء المتجدد بين الموت والقبول للوارث على الاول وللموصى له على الثاني وقد صرح بالاحتمالين وعلى بنائهما على الامرين في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد (قوله) —﴿ فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا بينا ان الملك كان له ﴾— ويعتبر القبول على الفور اذ لا يعد تاخيره عذرا كما نبه عليه في الدروس وصرح به في جامع المقاصد (قوله) —﴿ولا يستحق المطالبة قبل القبول ﴾—لان ملكه وان ثبت بالموت لكن الكاشف عنه هو القبول فقبله لم يتحقق ملكه قال في الدروس وهل يكون ذلك عذرا في التأخير الاقرب لا ولو قلنا ان القبول ناقل فلا بحث لان ملكه يحدث بالقبول (قوله) —﴿ولا الوارث لانا لا نعلم ان الملك له قبل الرد ﴾— اي ولا يستحق الوارث المطالبة على القول بالكشف لان ملكه لا يعلم قبل الرد (قوله) —﴿ويحتمل مطالبة الوارث لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق ﴾— كما في التذكرة والتحرير والدروس وهذا الاحتمال مقابل قوله ولا الوارث وناقش المصنف في جامع المقاصد بانه ليس هنا اصل يرجع اليه فانه كما ان الاصل عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى له فالاصل عدم الرد الكاشف عن ملكية الوارث والموت صالح لتمليك الموصى له ولتمليك الوارث لمكان الوصية المتعقبة للقبول والرد فليس هناك حق لاحدهما يستصحب بقائه انتهى (قلت) الارث هو الاصل لانه لا يتوقف على شرط وانما يعدل عنه في صورة واحدة وهي ما اذا اوصي له وقبل واما اذا رد الموصى له اولم يعلم حاله فالمال للوارث قبل ام لم يقبل فالموت مملك للوارث قهرا من دون شرط وصالح لتمليك الموصى له بشرط القبول وهو حادث والاصل عدمه وقد كان للوارث تعلق بالمال واستحقاق له من يوم مرض مورثه ولهذا يتوقف نفوذ ما زاد على الثلث على اجازته في صورة مورثه والاصل بقاء ذلك حتى يعلم المزيل ولا علم قبل حدوث القبول ولهذا قال في التحرير ان هذا الاحتمال اقرب (قوله) —﴿ فاذا

فاذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق المطالب ويحتمل ان المشفوع للوارث لان الموصى به انما نتقل اليه بعد اخذ الشفعة ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة ان قلنا ببطلان البيع وعن غير فطرة تثبت الشفعة ولو قارض احد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لان احدهم رب المال والآخر عامل (متن)

طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق المطالب ﴾— كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لانه الشفيع في نفس الامر (قوله) —﴿ ويحتمل ان المشفوع للوارث لان الموصى به انما انتقل اليه بعد اخذ الشفعة ﴾— كما في التذكرة وبناه في التحرير على القول بأنه لا يملك بالموت وانما يملك بالقبول وهو هنا وفي التذكرة كذلك لان العبارة فيهما في المسئلة واحدة من دون تفاوت لانه لا يتفرع على كون القبول كاشفا وليس هو معادلا لواحد من القولين بل هو عين الاول فكأنه قال وعلى الاول يكون المشفوع للوارث لان الموصى به حين الموت ملك الوارث وانما انتقل عنه الى الموصى له بقبوله وذلك بعد الاخذ بالشفعة هذا وقد قال المصنف في مسئلة قبل آخر مسئلة في باب الوصايا لو اوصى بالشقص الذي يستحق به الشفعة فحق الشفعة للوارث لا للموصى له وفي الحواشي ان المنقول انها للوارث مطلقا (قوله) —﴿ ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع ﴾— اي لو لم يطالب الوارث لعدم علمه او لعذر غيره حتى قبل الموصى له فلا شفعة له اي الموصى له كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد وهو مما لاريب فيه بناء على النقل (قوله) —﴿ وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه ﴾— كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد تقدم هناك ان الاصح البطلان (قوله) —﴿ ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة ان قلنا ببطلان البيع ﴾— لانه بردته تزول الاملاك عنه في الحال وذلك دليل على عدم صلاحيته للتملك لامتناع خروج املاكه مع بقاء صلاحيته للتملك (وقال) في جامع المقاصد سيأتي في احكام المرتد عن فطرة هل يدخل في ملكه شيء بعد الردة بسبب من الاسباب المملكة ام لا وان في ذلك خلافا بين الاصحاب (قلت) لا نجد خلافا في ذلك بعد التتبع ولا حكاه كاشف اللثام ولا غيره وانما حكي في بعض الحواشي عن الشهيد ولم نجده له وانما يذكرون ذلك احتمالا في باب الحدود وقدرماه في الايضاح بالضعف ثم ان هذا الاحتمال بين احتمالين وهو انه يملك وينتقل بعده الى الوارث او الامام او انه يملك في الحال وينتقل عنه في الحال الى احدهما فيكون الحفظ اضعف من الايجاد والاكتساب فاذا كان كذلك فالبيع باطل واستحقاق الشفعة فرع تحقق البيع (قوله) —﴿ وعن غير فطرة تثبت الشفعة ﴾— اذا كان الشراء قبل الحجر ان قلنا بتوقفه على حكم الحاكم وان قلنا بثبوته بمجرد الردة لان علته الارتداد فلا يتخلف كان تصرفه باطلا او موقوفا على التوبة او اجازة الحاكم وكذلك اذا قلنا بتوقفه على حكم الحاكم وكان التصرف بعده (قوله) —﴿ ولو قارض احد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لان احدهم رب المال والآخر عامل ﴾— اذا كان الشركاء ثلاثة فقارض احدهم الآخر على مال فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث في المشترك فلا شفعة لاحدهم اما البائع فظاهر اذ لا يملك الشفعة فيما باعه وكذا رب المال اذ لا يملك بالشفعة فيما اشتراه والعامل بالنسبة اليه كالشريكين في المبتاع فلا يستحق احدهما على الآخر شفعة كذا قال في التذكرة ونحوه ما في التحرير وقال في جامع المقاصد فيه نظر فان مال القراض الذي اشترى به

فان باع الثالث باقي نصيبه فالشفعة اخماسا لكل من المالك والعامل خمسان ولمال المضاربة خمس (متن)

اذا لم يكن العامل فيه شيء يقع الشراء لمالكه وليس العامل شيء فيكون شفيعه هو العامل ولا مانع له من الاخذ بالشفعة على قول وعلى قول الشفيع كل من العامل ورب المال القراض هذا اذا لم يكن ربح او كان وقلنا ان العامل لا يملك بالظهور وان قلنا يملك بالظهور فله من الشقص بمقدار استحقاقه من الشفعة على القول باشتراكهما فيها اي الشفعة فان زاد حقه من الربح فالزائد المالك على ماسبق وعلى هذا فالعامل انما يأخذ بعض الشقص بالشفعة فله حينئذ اجرة المثل ولا شك ان ما ذكره هنا لاينطبق على ما سبق من كلامه (ونحن) نقول لما كان غرض العامل التكسب وهو لايحصل الا ببيع المال والتقلب فيه فاذا اشتراه للمالك على هذا الوجه كان راضيا بالبيع مسقطا لحقه قطعا وليس لك الا ان تقول ان العامل وكيل وقد تقدم انه لا تسقط شفعته وباب بابهما مختلفان في الغاية اذ غاية الوكيل تمليك موكله فجاز جعله ذلك تمهيدا ومقدمة الاخذ بالشفعة وغاية العامل الاكتساب والارتباح ببيع المال وذلك ينافيه الاخذ بالشفعة فعبارة الكتاب على هذا التفسير خالية عن كل وصمة والذي سبق المصنف ان صاحب القراض يملك بالشراء لا بالشفعة ان لم يكن ربح او كان لان العامل لا يملك بالبيع وانما يملك بظهور الربح وهو ليس بيعا وان للمالك فسخ المضاربة واعطائه الاجرة ولا منافاة في ذلك لما هنا على ما فسرنا ويبقى الكلام في عبارتي التذكرة والتحرير حيث تضمنتا انهما كالشريكين في المبتاع وانه لا يستحق احدهما على الآخر شفعة فيمكن ان يكون غرضه فيهما الرد على الشيخ في المبسوط حيث جعل العامل وكيلا للمالك واثبت له عليه الشفعة قال نظرت فان لم يكن في المال ربح كان له اخذه بالشفعة لانه وكيل المشتري له بالبناء للمفعول وان كان في المال ربح فهي مبنية على قولين متى يملك العامل حصته من الربح فان قلنا لا يملك حصته بالظهور اخذ الكل بالشفعة ورد الفاضل في مال القراض ومن قال يملك حصته بالظهور وهو مذهبنا اخذ اصل المال وحصة رب المال بالشفعة واما حصته فقد قيل فيها ثلاثة اوجه على ما ذكرنا اذا كان الشفيع رب المال انتهى وقد ذكر هناك قولا بانه يأخذها بملك الرقبة لا بالشفعة وقولا بانه يأخذها بالشفعة وقولا بانه لا يأخذها بالشفعة ولا بغيرها ولم يرجح واحدا منها وقد حكينا هذا عنه فيما سلف ولا يخفى ما في كلامه وكيف كان فتحرير المسئلة ما ذكرناه فينزل عليه ما يقبل التنزيل وما لا يقبله لا تقبله (قوله) فان باع الثالث باقي نصيبه فالشفعة اخماسا لكل من المالك والعامل خمسان ولمال المضاربة خمس لان المال مشترك بينهم اثلاثا في يد كل منهم ثلث فلما باع الثالث نصف نصيبه للعامل وهو السدس صار ذلك السدس لصاحب المال فلما باع نصف نصيبه الباقي وهو السدس ايضا على اجنبي كانت شفعة ذلك السدس مقسومة على خمسة اسهم على القول بالقسم على قدر السهام (في يد رب المال ثلث من الاول ونصف الثلث وهو السدس المشترى بمال المضاربة فكان في يده ثلاثة اسداس وفي يد الاول سدسان وما زاد في التحرير على قوله ولو باع الثالث باقي نصيبه على اجنبي ثبتت لهما الشفعة وقال في جامع المقاصد ربما يسأل عن سبب افراد مال المضاربة بالذكر مع انه ملك لصاحب مال القراض فيجاب بأنه بناء على ما ذكره هنا ليس لاحدهما على الآخر بسببه شيء فانه بمنزلة شريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما قال وفيه نظر لانه مال المالك حقيقة فان لم يكن ربح فلا بحث وان كان نعلى ما سبق من اختصاص المالك به والعامل الاجرة فالشفوع لمال القراض حق المالك انتهى وانت قد عرفت ان سبب افراده بالذكر ان المسئلة مبنية على القول بالقسم على السهام لا على الرؤوس وعرفت حال كلامه الاخير على انه لا يطابق ماسلف له آنفا من ان العامل يأخذه اي السدس الاول

ولو باع احد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويحتمل التسوية فان باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين فان اخذ بالعقد الثاني اخذ جميع ما في يد مشتريه اذ لا شريك له في الشفعة وان اخذ بالاول اخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فاذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في ايديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن وتكون المسئلة من اثني —

بالشفعة فتأمل (قوله) =﴿ ولو باع احد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويحتمل التسوية ﴾= قد تقدم الكلام في ذلك في الفرع الثالث من فروع الكثرة حيث قال لو باع احد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة وقلنا هناك ان القول الاول خيرة الخلاف في موضع منه والدروس وان القول الثاني خيرة الخلاف في موضع آخر والمبسوط وجماعة وقد احتج عليه في جامع المقاصد بانهما مشتركان في العلة الموجبة لها ولا يمتنع ان يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة لان علل الشرع معرفات وان الشفعة اثرا آخر وهو منع الشريك الآخر تملك مقدار مشفوعه بالشفعة ولا مانع منه (وقلنا) ان الاصل في الوجه الاخير المبسوط والتحرير والدروس قالوا انه يمنع الغير من اخذ نصيبه لا بمعنى انه يأخذ من نفسه وقلنا انه قد يخدش بان استحقاق الملك ومنع الشريك معلولا علة واحدة وهي استحقاق الشفعة فيمتنع تخلف احدهما عن الآخر وقد امتنع الاول من جهة استلزامه المحال فينبغي ان يمتنع الاخر (وقد) اجبنا عنه بان مثله في الشرع كثير كما في القصر والافطار فانهما معلولان لقطع المسافة وقلنا بل قد يخالف حكم احد المعلولين حكم الآخر وحكم علته كحز الرقبة عدوانا فانه علة للقتل الذي هو حرام ولرفع ظلم هذا المقتول عن العباد الذي هو حلال الى غير ذلك مما يترتب على شرب الخمر ونحوه (وقلنا) ان قوله في جامع المقاصد لا يمتنع ان يستحق غير جيد لان الاستحقاق بالشفعة مترتب على الشراء فليسا علتين لمعلول واحد لانه انما ملكه بالشراء اولا وبعد الشراء استحقه بالشفعة ثم انه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فاثرهما مختلف لان الشراء علة في نقل الملك واثر الاستحقاق بالشفعة قراره فاحدهما غير الآخر وجودا واثرا ويتفرع على القول الاول ان الثالث بالخيار بين ان يترك جميع المبيع او يأخذ الجميع وعلى الثاني هو بالخيار بين ان يأخذ نصف المبيع او يترك (قوله) =﴿ فان باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين فان اخذ بالعقد الثاني اخذ جميع ما في يد مشتريه اذ لا شريك له في الشفعة ﴾= كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو تفريع على القول بالتسوية وايضاحه انه لو باع المشتري على اجنبي الثلث وهو قدر ما اشتراه والمراد به ثلث الاصل وهو نصف ما صار بيده لانه قد كان في يده ثلث واشترى حصة شريكه فصار في يده ثلث آخر ولم يعلم الشريك الثالث بالبيعين فله الاخذ بالشفعة باعتبار كل واحد من العقدين فان اخذ بالعقد الثاني اخذ جميع ما في يد المشتري الثاني وهو الاجنبي اذ لا شفيع سواه لان الشريك الآخر هو البائع ولا شفعة له اذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه (قوله) =﴿ وان اخذ بالاول اخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فاذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في ايديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن وتكون المسئلة من اثني =

عشر ثم ترجع الى اربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع وان اخذ بالعقدين اخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فله ثلاثة ارباع ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن (متن)

=عشر ثم ترجع الى اربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع *= كما في الكتب الثلاثة المتقدمة والحواشي والامر في ذلك واضح وذلك لان الشريك لما اشترى الثلث كان بينهما كما تقدم فاذا باع ثلث الاصل مما في يده وفي يده ثلثان احدهما ملك سابق والآخر متجدد بالشراء فقد باع نصف ما في يده شائعا فيكون المبيع نصف ملكه القديم ونصفه الجديد بمقتضى الاشاعة والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فانه ربع الثلثين فبمقتضى الاشاعة يكون نصفه في يد المشتري الاول ونصفه في يد المشتري الثاني لاستواء ما باعه المشتري الاول وما بقي في يده فيبطل البيع الثاني في نصف سدس لانه يأخذ بالعقد الاول وقد تعلق بنصف سدس الاصل في يد الثاني فيرجع المشتري الثاني على الاول بحصته من الثمن لبطلان البيع فيه وهو ربع الثمن تكون المسئلة من اثني عشر لان فيها نصف سدس هو ادق كسر فيها ومخرجه من اثني عشر منها سهمين الشفيع وهما السدس مضافا الى سهمه من الاصل وهو الثلث فيكمل له نصف والمشتري الثاني ثلاثة ارباع الثلث وهو ربع فيبقى في يد المشتري الاول ربع الاصل فترجع المسئلة الى اربعة فيحصل معها النصف ومع الشفيع النصف (قوله) -* وان اخذ بالعقدين اخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فله ثلثة ارباع ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن *- كما في الكتب الاربعة المتقدمة والامر في هذه يرجع الى اليقين لكنه يحتاج الى نظر في الجملة (وقد) اوضحه في جامع المقاصد قال وان اخذ بالعقدين معا صح فيأخذ نصف ما جرى عليه العقد الاول وهو السدس (وقد) عرفت ان نصفه دخل في العقد الثاني فينفسخ العقد الثاني فيه فيأخذه مع ربع ما في يد الاول وهو نصف السدس ايضا بالعقد الاول ويأخذ باقي ما في يد المشتري الثاني وهو ثلاثة ارباع ما اشتراه بالعقد الثاني لان ذلك هو ما صح في العقد الثاني فيكمل له اي الشفيع ثلاثة ارباع الاصل ولشريكه اعني المشتري الاول الربع ولا شيء للثاني وذلك لانه اجتمع له مع ثلثه القديم جميع ما اشتراه المشتري الثاني ربعه بالعقد الاول وثلاثة ارباعه بالعقد الثاني وهو ثلث الاصل وربع ما في يد المشتري الاول وهو نصف سدس وذلك ثلثان ونصف سدس وهو تسعة من اثني عشر فيبقى لشريكه وهو المشتري الاول ثلاثة هي الربع ثم انه يدفع الى المشتري الاول نصف الثمن الاول لانه اخذ نصف مبيعه وهو خمسة مثلا لانا نفرض الثمن عشرة والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن وهو تسعة مثلا لانا نفرض الثمن اثني عشر لان العقد الثاني انفسخ في ربع المبيع لانه اخذه بالاول كما قررناه ويرجع المشتري الثاني

﴿ الفصل الخامس في التنازع ﴾ لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه (متن)

على المشتري الاول بربع الثمن الثاني وهو الذي انفسخ العقد في مقابله من المبيع فلم يبق في مقابله شيء وانما قلنا انه يدفع الى الاول نصف الثمن الاول والى الثاني ثلاثة ارباعه الى آخره لان الشفيع ياخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لاجل ذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فياخذه منه فينفسخ البيع الثاني فيه كما قلنا فيرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي الماخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فاخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن وذلك ظاهر (واعلم) ان قول المصنف لانه ياخذ نصف ما اشتراه الاول تعليل لقوله ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول والى الثاني ثلاثة ارباع الثاني ويرجع على الاول بربع الثمن الثاني فبين به هذه الامور الثلاثة والضمير في قوله لانه يعود الى الشفيع وقوله فيدفع اليه نصف الثمن لذلك فقد قال فيه في جامع المقاصد اكثر النسخ فيها كذلك بكافين ولا مرجع له حسن وفي بعضها لذلك باللام اولا وهو حسن فيكون تعليلا لقوله فيدفع اليه نصف الثمن اي يدفع نصف الثمن لاجل انه ياخذ نصف ما في يده بالعقد الاول

﴿ الفصل الخامس في التنازع ﴾

(قوله) ﴿ لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه ﴾ كما في المقنعة والمراسم والنهاية والمبسوط والكافي والمهذب والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف في ظاهره والدروس واللمعة والتنقيح ومجمع البرهان وهو الذي استقر عليه رأيه في جامع المقاصد في المسئلة التي بعد هذه وكذلك الايضاح قال به فيه على الظاهر او مال اليه وفي المسالك والروضة وكذا الكفاية انه المشهور وفي الرياض انه المشهور بل لا يكاد يوجد خلاف الا من ظاهر الشهيد الثاني وفاقا للاسكافي ثم قال انه في المسالك لم يخالف صريحا ولا ظاهرا وفي الغنية الاجماع عليه وقد يلوح الاجماع من جامع المقاصد حيث قال فظاهر اطلاقهم ويرشد اليه اي الاجماع انه ما حكي الخلاف الا عن ابي علي حكاه في الدروس ولم يحك في المختلف ولا غيره وان كل من افتى بالحكم افتى به جازما غير قائل على رأي ولا انه اشبه ولا اقرب ولا نحو ذلك وقد افتى به في المقنعة والنهاية والمراسم اللواتي هن متون اخبار وافتى به من لا يعمل الا بالقطعيات كالحلبي والحلي بل قد يظهر من الخلاف والوسيلة وكشف الرموز والايضاح وشرحي الارشاد للفخر والشهيد والمهذب والمقتصر ان الامر فيه واضح حيث ان بعض هؤلاء تعرضوا لما اذا اقاما بينتين ولغير ذلك من الفروع ولم يتعرضوا له والبعض الآخر اعني الشارحين والمحشين لم يتعرضوا له وتعرضوا لغيره قبله وبعده والغرض ان المسئلة ليست بتلك المكانة من الاشكال كما هي عند بعض المتأخرين وبعض متأخريهم ولم تعرف المناقشة من احد قبل الشهيد في حواشيه وناقش في دليل المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها حيث قالوا لانه ينتزع الشيء من يده والمحقق الثاني ناقش في الدليل بانه لا يجري في بعض صور المسئلة والمقداد ناقش ثم رجع واطال الشهيد الثاني في المناقشة ورمى ادلة الجانبين بالضعف في الكفاية ولم يهجم احد منهم على الجزم بالخلاف صريحا ولا ظاهرا مطلقا ولصاحب الكفاية مذهب قال فيه في الرياض انه خرق للاجماع المركب ظاهر وستسمعه وتعرف من اين اخذه وانه جيد جدا وكيف كان فالدليل على ما عليه الاصحاب بالنسبة الينا اجماع الغنية التي تطابقت عليه الفتاوى من دون خلاف الا من ابي علي الذي لا يزال مخالفا واعتضد بالشهرات المنقولات والمعلومات وان الشفعة على خلاف الاصل فمع العجز عن الترجيح لو كان يجب المصير الى ما عليه الاصحاب الاصل الاخر الذي قد نبه عليه في المبسوط والسرائر وما وافقها بقولهم لانه ينتزع الشيء من يده كما ستسمع بيانه والاصل الذي نبه عليه في

الدروس بقوله لانه اعرف بالعقد وفي المختلف وغيره بانه الغارم وقال في مجمع البرهان لانه مقتضى الدليل لانه الغارم ولانه ينتزع الشيء من يده ولانه لو فتح باب ان القول قول الشفيع لجاء كل شفيع مع عدم البينة وادعى ان الثمن قليل واخذ الشقص بما ادعاه قلت يرد على هذا الاخير انهُ معارض بمثله اذ لو اخذنا بقول المشتري لامكن دفع الشفيع عن الشفعة بسهولة كان يدعي مبلغا خطيرا والاصل الذي اشاروا اليه بقولهم انهُ ينتزع من يده هو الاصل الذي اصلوه في باب البيع والاجارة والقرض والرهن والوديعة وغيرها وهو ان الاصل ان لا يخرج مال المسلم عن يده الا بقوله وانهُ المالك فلا يزال ملكه الا بما يدعيه وان الاصل ان ملك المسلم الحر المحترم لا ينقل عنه الا برضاه وقوله ولعل دليلهم عليه صحيحة اسحق بن عمار عن ابي عبد الله (ع) رجل قال لرجل لي عليك الف درهم فقال الرجل لا ولكنها وديعة فقال ابو عبد الله (ع) القول قول صاحب المال مع يمينه ومثله قول ابي الحسن (ع) في الصحيح المال لازم الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة وقد يقال ان هذا انما يتم بالنسبة الى نفس العقد لا الى مقدار الثمن كما تقدم وذلك في آخر باب البيع ويمكن القول بالعموم واوهن شيء ما رده به في المسالك والروضة من منع كون حكم المالك كذلك مطلقا اي سواء ثبتت يده او زالت ومع بقاء العين وعدمها وقد اخذه من قوله في جامع المقاصد انه انما يجري فيما اذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشتري والعين باقية فلو اخذ بالشفعة ورضي بالدفع فتلفت العين ثم وقع الاختلاف لم يجر فيه ما ذكره مع ان فيه نظرا لان كونه مالكا لا يقتضي سماع دعواه بيمينه لان اليمين على من انكر انتهى وقد اخذه من الشهيد في حواشيه (قلت) ما نقض به خارج عن محل النزاع لانه انما هو فيما اذا لم يأخذ الشفيع في المسئلة وما بعدها كما هو ظاهر المصنف فيما يأتي وقد اعترف بذلك في جامع المقاصد في مسئلة ما اذا كان الاختلاف بين المتبائعين ولعله لانه بعد الاخذ بالشفعة الذي لا يتم الا بتشخيص الثمن واتفاقهما عليه ودفعه وخروج الشقص عن يده برضاه تلفت العين بعد ذلك ام لم تتلف ينعكس الامر وينقلب الاصل وتحرير البحث ان قضية هذا الاصل ان يجري على اطلاقه في نفس العقد والثمن قبل القبض او بعده وقد جرد أبه في المسئلة في الثمن متفقين عليه وفي غيرها اختلفوا فبعضهم اجراه في العقد والثمن وبعض في العقد دون الثمن وبعض فيما اذا لم يخرج من يد المالك كما تقدم ذلك في آخر باب البيع وغيره ولما رأيناهم اتفقوا هنا على جريانه في الثمن نزلنا كلامهم على ما اذا كان قبل القبض جمعا بين وفاقهم وخلافهم مع موافقة القواعد لان لليد قوة ارسى الشارع قواعد شرعه عليها فمن كانت اليد له كان القول قوله فليتأمل في هذه في المقامات جيدا وانما قيدنا تشخيص الثمن باتفاقهما عليه لانه لا تشخيص عند اختلافهما والقول بان الاخذ المعتبر في التملك بذل الشفيع الثمن المتفق على لزومه لذمته غير جيد لانه بعضه عند المشتري وكله عند الشفيع وقد يكونون ارادوا بقولهم ينتزع من يده انه منكر لانه الغالب فيه واما ما نظر به في جامع المقاصد ففيه انهم اول ما يذكرون في تعريف المدعى انه الذي يترك لو ترك الخصومة وهو المعروف عند اهل العرف في تعريفه ولهذا تراهم يستحجون الحاكم ان يقول ليتكلم المدعي ومن المعلوم ان اكثر المتخاصمين لا يعرفون الاصل ومخالفته والظاهر الشرعي من غيره ومخالفته فلولا ان يكون الاصل في الباب انه من اذا ترك لا صح ذلك الى غير ذلك وان كان المدعى حقيقة شرعية في ذلك كان اظهر في ما نحاول واما من يدعي وفاء الدين ورد العارية ونحوهما فهو منكر لغة وعرفا ولذلك ترى غير العارفين بذلك يلزمون بالمدعي وان كانوا بريئين في الواقع لانهم يبرزون الانكار في صورة الدعوى والمشتري هنا لا يدعي على الشفيع شيئا في ذمته ولا تحت يده ولا يدعي بقوله اشتريته بكذا وان كان خلاف الاصل انه يستحق ذلك على الشفيع ويطلب تغريمه اياه بل لا يطلب منه الاخذ بالشفعة بما يدعيه والشفيع هو الذي لو ترك الخصومة ترك لانه يدعي استحقاق ملك الشقص بالشفعة بالقدر الفلاني والمشتري ينكره وما قيل في جوابه بانه لا يتم فيما اذا تملك الشفيع بالشفعة برضا المالك ودفع الثمن فقد عرفت انه خارج عن محل النزاع ومعنى

ولو اقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة الشفيع لانه الخارج (متن)

قولهم انه عقده ان الاصل في فعل المسلم الذي لا يعلم الا من قبله قبول قوله فيه وما يقال ان الاختلاف
ليس في العقد لاتفاقهما معا على وقوعه صحيحا ففيه ان هذا العقد لا يتشخص بدون الثمن المعين فالاختلاف
فيه في قوة الاختلاف في العقد ولا يرد مثله في غيره من العقود لانها انما تقوم بالمتعاملين وليس احدهما
اولى من الآخر ولا كذلك الشفيع بالنسبة الى المشتري فان عقد البيع لم يقم بالشفيع وانما هو خارج يريد
انتزاع العين بما يدعيه فقدموا هنا قول المشتري لانه اعرف به واما ان القول قول الغارم فقد طفحت بـه
عباراتهم في باب الغصب وغيره فلا اقل من ان يكون كالغاصب افبعد هذا كله يقال ان المسئلة قوية
الاشكال وما قاله في الكفاية من انه لا يبعد ان يقال اذا سلم المشتري المبيع بمطالبة الشفيع ثم اختلفا
في قدر الثمن فالقول قول الشفيع وان لم يسلم وقلنا بوجوب تسليم الثمن اولا فالقول قول المشتري فقد
اخذه من المحقق الثاني ومطاوي كلمات الشهيد الثاني وهو الذي ينبغي ان يكون المراد في الباب من
كلام الاصحاب كما تقدم ولا شاهد لقول ابي علي بقوله في الخلاف والمبسوط انهما اذا اقاما بينة يعمل
ببينة المشتري كما ظنه في التنقيح من الخلاف فانه مبني على مذهبه من تقديم بينة الداخـل ولعله استند
الى تعليل الخلاف بانه المدعي زيادة الثمن فليتأمل وليعلم انه ينبغي ان تفرض المسئـلة فيما اذا لم يكن
عرضا يمكن عرضه على المقومين كما يأتي التنبيه عليه فيما يأتي هذا وفي المبسوط والشرائع والتذكرة
والتحرير انه ايهما اقام بينة سمعت منه وثبت ما يدعيه وقـد استند في المبسوط الى انها اقوى من اليمين
وقال الشهيد في الحواشي لو اقام المشتري بينة بالزيادة لدفع اليمين عن نفسه فالاقرب القبول وان كان في دفع اليمين
عن المنكر بالبينة في غير هذه الصورة تردد ووجه الفـرق انه يدعي دعوى محضة وقد اقام بهـا بينـة
فتكون مسموعة انتهى وقال في جامع المقاصد بعد حكايته انه يشكل بان المشتري ان كان هو المنكر
فالحجة من طرفه هو اليمين دون البينة لقوله (ص) البينة على المدعي واليمين على من انكر والتفصيل
قاطع الشركة والا لم يسمع قوله بيمينه وقد عرفت انه في الحقيقة لا يدعي شيئا ثم حكى عن التذكرة
والتحرير ما ذكرناه عنهما وقال انه لا يخلو من تدافع ووافقه على ذلك صاحب المسالك (قلت) وجـه
التدافع انه حكم فيهما بقبول قوله مع يمينه بدعوى انه منكر وسماع بينته يقضي بانه مدعي واما
الشهيد في الحواشي فلا عليه ان يقول انه مدع دعوى محضة لظنه قبل ذلك انه مخالف للاصل ولكنه
لم يجزم به بل جعله محل نظر ولعله لمكان فتوى الاصحاب ولما كان الشيخ ممن يذهب الى تقديم بينة
الداخل وسماعها مع بينة الخارج فبدونها اولى (نعم) على القول بتقديم بينة الخارج لا تسمع لان صاحب هذا
القول يقول ان البينة ليست من شأن الداخل لانها يمكن ان تستند الى اليـد لكنهم قد سمعوا بينة
المودع لاسقاط اليمين فتأمل والمحقق والمصنف قدما بينة الداخل في بعض المواضع وهو ما اذا شهدت
بينة اليد بالسبب ولعلهما يقولان ان هذا منه بل قدم في الشرائع هنا في المسئلة التي بعد هذه بينة الداخل
اذا تعارضت البينتان ولعلنا نقول فيما اذا شهدتا معا بالسبب بتقديم بينة الداخل فالاولى ان تقدم هنـا
(قوله) ولو اقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة الشفيع لانه الخـارج كما في السرائر
والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والكفاية وقد قال به او مال اليه في الايضاح وقد حكم بتقديم
المشتري في الخلاف والمبسوط والشرائع والمختلف وحكم في جامع الشرائع هنا بالقرعة وعن ابي علي
انه ان اقر المشتري بالشفعة فالبينة عليه في قدر الثمن واليمين على الشفيع وان لم يقر فالبينة على الشفيع
انتهى فتأمل ولا ترجيح في الدروس والمسالك ولم يقل احد بالتحالف هنا منا ولا من العـامة كما قاله
العامة فيما اذا اختلف المتبائعان لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه والمشتري هنـا لا يدعي شيئا على
الشفيع ولان المتبائعين قد باشرا العقد بخلاف الشفيع او المشتري حجة الاولين ان الشفيع خارج لانه

ولا تقبل شهادة البائع لاحدهما ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه (متن)

مدع ولا ملك « لانه يحاول استحقاقه التملك بما يدعيه ولان اليمين لا تقبل منه فلا بد ان تقبل بينته وقد اختلفت حجة الاخرين في المبسوط لانه داخل وبينته مقدمة وفي الخلاف لانه بينته تثبت زيادة الثمن والشفيع ينكره واحتج في المختلف بان قوله مقدم على قول الشفيع اي فتقوى بينته بقوله قال وهذا بخلاف الداخل والخارج لان بينة الداخل يمكن ان تستند الى اليد فلهذا قدمنا بينة الخارج وفي صورة النزاع البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع واعترضه المحقق الثاني والشهيد الثاني بان تقديم بينة الخارج عند القائل به ليس لذلك فقط بل لقوله (ص) البينة على المدعي واليمين على من انكر والخارج مدع وكأنهما ما انصفاه لانه بين وجه حكمة الخبر فاستغنى بها عن ذكره والا فالخبر لا يزال في النظر ولعل الاولى الاعتراض بانهما اذا تنازعا في العقد ولا داخل ولا خارج اذ لا يد لهما صارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما فتجب القرعة واليه نظر صاحب جامع الشرائع في قوله بالقرعة وبه صرح في المختلف في توجيه احتمالها واعترضه في جامع المقاصد بان تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص وان القرعة في الامر المشكل الذي لم يدل النص على حكمه وما نحن فيه ليس كذلك انتهى ويرد على الاول انه يرجع الى الاختلاف في العقد ولا داخل ولا خارج لان العقد المشخص بالالف غير المتشخص بالخمسمائة مثلا الا ان يكون اراد ان القدر من العقد الواقع بخمسمائة متفق عليه والنزاع فيما زاد على ذلك فيرجع الى كون المشتري مدعيا والشفيع منكرا وهذا غير ما يحاول وخلاف ما اختار آنفا فتامل ويرد على الثاني انه لم يتحقق عنده في المختلف ان المشتري منكر حتى يتناوله النص لانه لم يستدل عليه به في تقديم قوله حيث لا بينة بل بانه اعرف بالعقد وانه ينتزع من يده الا ان يدعي ان كل من ينتزع من يده منكر فليتأمل (قوله) ﴿ ولا تقبل شهادة البائع لاحدهما ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكناية واقتصر في السرائر على عدم قبول شهادته للشفيع لانه يدفع عن نفسه ضرر الدرك مع ما يراه من تعميم المبسوط قال في المبسوط لان شهادته لاحدهما شهادة على فعل نفسه وتلك لا تقبل ولانه يجر الى نفسه نفعا قال في جامع المقاصد لانه ان شهد للمشتري بكثرة الثمن تضمن انه يستحق ذلك عليه ثم ان هذا الزائد ان ظهر مستحقا استحق بدله او الرجوع الى عين ماله ان كان الشراء بعين الثمن فهو لا يعدم النفع بل ربما كان له غرض بعود المبيع اليه بفسخ المشتري اذا علم بالعيب او الغبن ويخشى فوات ذلك باخذ الشفيع فيتغره من الاخذ بكثرة الثمن وان شهد بنقصان تضمن ذلك دفع درك الزيادة لو خرج مستحقا وربما حاول بذلك اسقاط خيار الغبن او قلة الارش لو ظهر المبيع معيبا بل ربما كان عالما بالعيب ويتوقع المطالبة بارشه وربما خاف رد المشتري له بالعيب او الغبن دون الشفيع فيرغبه في الاخذ بتقليل الثمن كما ذكر ذلك كله في مطاوي كلام جامع المقاصد وكذلك المسالك لكنهم قد ذكروا في باب الشهادات ضابطا في جر النفع ورفع الضرر وهو ما يرجع الى كونه مدعيا في الاول والى كونه منكرا في الثاني وبعض ما ذكر او كله لايدخل في هذا الضابط نعم ما ذكراه يدخل تحت التهمة وقد وقع الاتفاق على ان ليس كل تهمة مانعة بل التهمة المنحصرة في ثلاث بالعداوة والبغضية وجلب النفع ودفع الضرر فتدبر وربما الحق بذلك اي التهمة المبادرة الى الشهادة والاصل فيها الاخبار على انه في الصورة الاولى لا يجر نفعا لان الثمن ثابت باقرار المشتري كما ان دفع درك الزيادة لمكان ندرته وندرة خطوره في البال لا يلتفت في عضد شهادة الثقة العدل واما قوله في المبسوط فلانها شهادة على فعل نفسه فليس بمتجه على اطلاقه (قوله) ﴿ ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه ﴾ هذا قد استحسنه في التذكرة وقواه في الحواشي وكأنه مال اليه في الايضاح واحتمله ايضا في الدروس لانه اذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد اقر بزيادة الدرك فلا تهمة ولا يلتفت الى

ولو كان الاختلاف بين المتبائعين واقاما بينة فالاقرب الحكم لبينة المشتري وياخذ الشفيع به ولو لم يقم البينة حلف البائع فيتخير الشفيع بين الاخذ به والترك (متن)

استحقاق المطالبة بالبدل او العين على تقدير ظهور الاستحقاق لان ذلك لا يقصد عقلا في ضمن هذا المحذور واذا شهد بالنقيصة بدون القبض فقد اقدم على نقصان حقه ومحذور الدرك مستحقر في ضمن هذا ولعل الاقوى القبول مطلقا الا في صورة يرجع فيها الى كونه مدعيا او منكرا جريا على الضابط المذكور ووفقا للاجماع المنقول في كشف اللثام وهو الموافق لعمومات اخبار باب الشهادات والاعتبار اذ لا معنى لرد قول الثقة الذي هو حجة لمجرد تهمة محتملة الا ان يكون قد انعقد على ذلك اجماع والتتبع لا يقضي به الترك الاكثر له ومخالفة السرائر في بعض ذلك على الظاهر وذكر جماعة للاحتمال المذكور في الكتاب ولو كان متنولا لعثرنا عليه (قوله) ولو كان الاختلاف بين المتبائعين واقاما بينة فالاقرب الحكم لبينة المشتري وياخذ الشفيع به كما صرح بالحكمين معا في الشرائع والتحرير والحواشي وجامع المقاصد واستحسنه في المسالك وهو قضية كلام التذكرة والايضاح وقال في المبسوط ان الحكم عندنا فيها بالقرعة قال وفي المخالفين من قال بالتحالف وانفساخ العقد او فسخه وقد حكينا ذلك فيما سلف حيث تعرض المصنف له وان لم يكن من فروعنا واسبغنا الكلام فيه حجة الكتاب وما وافقه انه قد تقدم في باب البيع ان المتبائعين اذا اختلفا في قدر الثمن قدم قول البائع مع بقاء السلعة والمشتري مع تلفها اذا لم يكن بينة والمفروض هنا بقاؤها ليأخذها الشفيع فتكون بينة المشتري هي المقدمة لان اعتبار اليمين من احد المتنازعين يقضي باعتبار البينة من الآخر وقال في جامع المقاصد هذا على ما ذكروه من سماع البينة من المشتري اذا وقع الاختلاف بينه وبين الشفيع واضح لكن الاشكال السابق الوارد على اصل المسئلة لو ادعى الشفيع الاقل منهما وارد هنا (قلت) قد عرفت انه غير وارد هناك لانا بينا ان المشتري ليس بمدع وقدمنا بينة الشفيع عند قيامها واما هنا فقد قال هو او مال في باب البيع الى ان كلا منهما مدع ومنكر ولما قدمنا قول البائع مع يمينه للاجماع والاخبار اذا كانت العين قائمة كانت بينة المشتري هي المقدمة لما عرفت انفا ولانه مدع من وجه عنده ولم يجتمع في البائع هذان الوجهان واما الاصحاب فقد تجشموا توجيه كون البائع منكرا بانه لما عين السبب وشخصه بوقوعه على الثمن الزائد لم يكن معترفا بالملك مطلقا بل على ذلك الوجه الذي ان ثبت ثبت به الثمن المخصوص فيكون منكرا لما يدعيه المشتري فوجب عندهم تقديم بينة المشتري فليتأمل والوجه في اخذ الشفيع بما شهدت بينة المشتري ظاهر لانه الثابت شرعا وان الزائد بزعم المشتري غير مستحق وان بينة البائع كاذبة ووجه ما في المبسوط ان الحكم مشتبه وهو محل القرعة وظاهره دعوى الاجماع عليه حيث قال عندنا كما عرفت هذا وقد قال في الايضاح ان بينة المشتري مقدمة ولو قلنا انهما اذا اختلفا في قدر الثمن ولا بينة تحالفا لانها مخالفة لاصلين انتقال الملك ورضا البائع بهذا العوض وبينة البائع تخالف اصلا واحدا وهو عدم رضا المشتري بالزيادة واعترضه المحقق الثاني فقال لا ريب ان اصالة عدم انتقال الملك قد زالت باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك (انتهى) ونفيه الريب يقضي بان فخر الاسلام متوهم بزعمه قطعا وهو المتوهم لان مراده في الايضاح باصالة عدم انتقال الملك الاصل الاصيل الذي نبهنا عليه مرارا وهو اصل عدم انتقال الملك عن مالكه الا بقوله وقد استند اليه في الايضاح في اواخر باب البيع وقد بيناه انفا فيما اذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن ولا بينة وبه صرح في الدروس فيما اذا هلك الثمن اذا كان قيميا ولعله كان الاولى ان يعترض عليه بانه ان اعتبرت الاصلين فلا معنى للتحالف بل يتعين حلف المشتري وان لم تعتبرهما فلا معنى لترجيح بينة بهما فتأمل (قوله) ولو لم يقم البينة حلف البائع فيتخير الشفيع بين الاخذ به والترك اما حلف البائع حينئذ فلا اجد فيه خلافا هنا فاذا حلف اخذ من المشتري ما حلف

والاقرب الاخذ بما ادعاه المشتري وكذا لو اقام البائع بينة ولو قال المشتري لا اعلم كمية الثمن كلف جوابا صحيحا (متن)

عليه واما ان الشفيع يتخير بين الاخذ به والترك بمعنى انه ان اخذ اخذ بما حلف عليه البائع فهو قضية كلام المبسوط والشرائع لانه الثابت شرعا والواجب على المشتري دفعه فهو الثمن حقيقة وقدموه بالضعف كما ستعرف وجهه وقد لا يكون منهوما من كلاميهما ويتأتى ايضا اي الاخذ المذكور على قوله في المبسوط بان الزيادة في زمن الخيار تلحق بالثمن لو كان الحلف في زمن الخيار (قوله) ﴿والاقرب الاخذ بما ادعاه المشتري﴾ كما في التحرير والارشاد والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وكذا الحواشي وفصل في التذكرة فقال الشفيع ان صدق البائع دفع ما حلف عليه الى المشتري المطالبة به لانه يدعي ان ما اخذه البائع زائدا ظلم فلا يطالب غير من ظلمه وان لم يعترف بما قاله اخذ بما ادعاه المشتري جميعا ووافقه على ذلك مولانا الاردبيلي وهو جيد جدا بل هو المتعين في النظر بل يجب حمل كلام الكتاب وما وافقه على ما اذا كان الشفيع جاهلا او مصدقا للمشتري ظاهرا لكن ان صدق البائع لان كان في نفس الامر صادقا وجب عليه ان يدفع الزائد الى المشتري ولو على سبيل الهدية ونحوها لان كان ذلك حقا له في الواقع وان كان ممنوعا منه في ظاهر الشرع وليس له طلبه (ووجه) الاقربية في الكتاب وما وافقه ان الاخذ انما هو من المشتري وقد اعترف بان الزيادة ظلم فلا يجوز ان يظلم بها غيره واقرار العقلاء جائز بل لو رجع الى قول البائع كأن قال كنت ناسيا او كاذبا لم ينفعه الا ان يصدقه الشفيع كما في التحرير والتذكرة والدروس (قولكم) انه الثمن حقيقة مسلم لكنه في حق المشتري لا في حق الشفيع للمشتري مع اعترافه بكون الزائد ظلما وكون يمين البائع فاجرة فيؤاخذ باقراره فليتامل جيدا لان الحال فيه كما اذا قامت البينة كما يأتي عن المبسوط (وقد) استدل في الايضاح للقائل بالاخذ من البائع في المسئلة وفيما اذا اقام البائع البينة كما يأتي بتضاد الاحكام ومعناه انه قد ثبت شرعا انه الثمن فلو اوجب الشارع غيره او اجازه لتضاد الحكمان وقد قال (ع) لا يحكم في قضية بحكمين مختلفين واجاب بان ذلك مع اتحاد الحكم والمحكوم عليه وله وهنا المحكوم عليه المشتري والمحكوم له الشفيع (قوله) ﴿وكذا لو اقام البائع البينة﴾ اي يثبت ما ادعاه والاقرب الاخذ بما ادعاه المشتري وقد تبين وجهه وقد صرح هنا في المبسوط والشرائع بان الشفيع ياخذ بما ثبت من الثمن وقد عرفت وجهه ايضا كما عرفت فيما سلف الوجه في سماع بينة البائع مع كونه منكرا عندهم ولذلك لم يتأمل في ذلك هنا احد غير المحقق الثاني (قوله) ﴿ولو قال المشتري لا اعلم كمية الثمن كلف جوابا صحيحا﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك (وقال) في المبسوط اذا قال اشتريت هذا الشقص في شركتي بالف فقال قد اشتريت كما قلت غير اني لا اعرف مبلغ الثمن لاني نسيته او كان الثمن جزافا قيل فيه وجهان (احدهما) ان هذا جواب صحيح وهو الصحيح فيكون القول قوله مع يمينه يحلف وتسقط الشفعة (والثاني) انه ليس بجواب صحيح ويقال له ان اجبت عن الدعوى والا جعلناك ناكلا ويحلف الشفيع ويستحق انتهى (ومعناه) انه اما ان يستند في عدم علمه بمبلغه وكميته الى النسيان او الى كون الثمن جزافا على مختار العامة والقولان لهم فيرجع قوله في الاول الى اني نسيته وستعرف انهم يوافقونه في ذلك على انه قال في توجيهه ان المشتري اجاب بجواب صحيح فانه قال صدقت قد اشتريت بما يجب لك فيه الشفعة ثم انكر سببا غير هذا وهو انه لا يعرف مبلغ الثمن وقال ان الذي ذكره المشتري ممكن فاذا كان كذلك كان القول قوله فاذا حلف فلا شفعة فما حكي عنه في الشرائع والتحرير والمسالك غير صحيح من وجهين قال في الشرائع اما لو قال لم اعلم كمية الثمن لم يكن جوابا صحيحا وكلف جوابا غيره وقال الشيخ يرد اليمين على الشفيع وبعينه حرفا فحرفا قال في التحرير ونحوه ما في المسالك فالشيخ لم يطلق الكلمة في فرض المسئلة بل عللها ولم يقل بالرد على الشفيع بل قال في الرد

ولو قال نسيته او اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة ولو اختلفا في قيمة العوض المجهول ثم تعذر عرض على المقومين فان تعذر قدم قول المشتري على اشكال (متن)

على من قال بالرد على الشفيع من العامة وان الجواب غير صحيح فيقال له ان اجبت الى آخر ماسمعته انه انما نصه ان المشتري هو المباشر للعقد وقد يكون الثمن جزافا فمن المحال ان يعرف الشفيع المبلغ ولا يعرف المشتري فلهذا كان جوابا صحيحا انتهى بل نقول لو كان الشيخ اطلق الكلمة في الفرض كما فهموه منه لكان جوابا صحيحا في العرف واللغة بل قد ينفهم ذلك من عبارة التذكرة وقد علل في جامع المقاصد عدم صحته باجماله واحتماله وبينه في المسالك بانه مشترك بين ان يكون لا يعلمه ابتداء من حين الشراء وهو غير مسموع لاقتضائه بطلان العقد وبين ان يكون عرضا قيميا واخذه البائع وتلف في يده ولا يعلم قيمته فان القول قوله مع يمينه لاصالة عدم العلم وكون ذلك امرا ممكنا وبين ان يكون قد نسيه (قلت) قد صرح بالحكم المذكور في الشق الثاني في المبسوط في موضع آخر والدروس وستعرف المصرح به في الشق الثالث واما الشق الاول فخارج عن كلام الشيخ كما سمعت لانه فرض المسئلة فيما اذا قال صدقت قد اشتريت بما تجب لك فيه الشفعة فان قال لاني اشتريته بثمن جزاف كان الجواب صحيحا عند اكثر الشافعية حكاه عنهم في التذكرة لانهم يجوزونه وقال انه الاقرب على مذهبهم واما اصحابنا فيحملونه على احد الشقين الاخرين فكان عندنا كما لو قال لا اعلم كمية الثمن والعقد صحيح بل نقول لو اطلق الكلمة وحدها وجب حمله عندنا على احد الامرين الاخيرين ولا يجب عليه التعيين كما قالوا مثله في مواضع اكثر من ان تحصى ولا داعي الى عقوبته بحبسه حتى يجيب باحدها معينا له كما هو اي الحبس قضية كلامهم وبه صرح في المسالك (قوله) ﴿ ولو قال نسيته او اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة ﴾ قد صرح بالحلف والبطلان في صورة دعوى النسيان في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك وصرح بهما في الصورتين في جامع المقاصد (ووجه) ذلك في الثاني واضح وفي الاول ان ذلك لا يعرف الا من قبله فلو لم يقبل قوله باليمين لزم تخليده الحبس على تقدير صدقه فاذا حلف بطلت الشفعة لتعذر العلم بالثمن (قال) في جامع المقاصد وانما تبطل مع اليأس من العلم به فلو امكن استعلامه فالشفعة باقية (قلت) هذا يقضي بانها ترجع بعد بطلانها بالحلف قال ولو قال الشفيع اني اعلم قدره وادعى المشتري النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا فيه نظر (قلت) اذا ادعى الشفيع عليه العلم توجه الحلف على المشتري بانه ناس فان نكل المشتري عن الحلف على النسيان وردت اليمين على الشفيع فانه يحلف حينئذ ويثبت بيمينه ويبقى الاشكال فيما اذا حلف على النسيان فهل تبطل الشفعة او يحلف الشفيع على المقدار الذي يدعى علمه به ويثبت بيمينه كما قلناه فيما اذا قال المدعى عليه لا ادري احتمالان (الاول) لمكان اطلاق الفتوى بانه يحلف اذا ادعى النسيان وتبطل الشفعة من دون تفصيل بدعوى الشفيع العلم وعدمه (والثاني) جريا على المختار هناك لعدم التنافي وان من حفظ حجة على من لا يحفظ كما اذا كان الشفيع يصدقه في النسيان ويدعي العلم فانه يحلف عندنا ويأخذ بالشفعة (قوله) ﴿ ولو اختلفا في قيمة العوض المجهول ثم تعذر عرض على المقومين ﴾ كما في التحرير والدروس والحواشي (ومعناه) انه لو اختلف الشفيع والمشتري في قيمة الجوهرة المجعولة ثمنا بحيث لا يمكن معرفتها الا بعد الرحيل والمسير يومين او اكثر الى المقومين الذين هم في بغداد مثلا او اصفهان فانه لا يقدم هنا قول المشتري باديء بدء كما تقدم لانه يمكن العلم بذلك وان كان مع مشقة وعسر فلا معنى لقوله في جامع المقاصد لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وامكان استعلام قيمتها (قوله) ﴿ فان تعذر قدم قول المشتري على اشكال ﴾ اي ان تعذر عرضه على المقومين لهلاك وشبهه كما في الدروس والحواشي قدم قول المشتري كما جزم به في

ولو اختلفا في الغراس او البناء فقال المشتري انا احدثته وانكر الشفيع قدم قول المشتري لانه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه ولو ادعى انه باع نصيبه على اجنبي فانكر الاجنبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على اشكال (متن)

التحرير والدروس قال في التحرير لانهما كما اذا اختلفا في قدر الثمن والمصنف هنا استشكل وقد وجهه منشائه ولده والشهيد من انتزاع الملك منه واخذه منه قهرا فلا يقهر على العوض ايضا فيقبل قوله مع يمينه ومن ان الاصل عدم الزيادة وجعل في جامع المقاصد منشأ الاشكال في المسئلة منشأته فيما اذا اختلفا في قدر الثمن فجعلها عنده كحالها وقال ان في الفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الاختلاف في قدر الثمن ... تقديم قول المشتري هناك وتردده هنا نظرا (قلت) كان النزاع هناك في ان الثمن الف او الفان و ... في قيمة الجوهرة المجعولة ثمنا التي لها قيمة في الواقع ولا يعلمها الا المقومون وقد هلكت او بقيت ... فهل يصير الثمن بذلك مجهولا كما اذا نسيه او اشتراه وكيله ومات فتبطل الشفعة او يصير من قبيل ما اذا اختلفا في الثمن فيقدم قول المشتري مع يمينه فالاشكال قوي في محله ويرتفع به الاختلاف بين الكلامين فليتامل جيدا لانه قد يكون المراد من العبارة في الشق الاخر ان القول قول البائع حينئذ لاصل عدم الزيادة (قوله) =*﴿ ولو اختلفا في الغراس او البناء فقال المشتري انا احدثته وانكر الشفيع قدم قول المشتري لانه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه ﴾*= وانتزاعه من يده كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد (قوله) =*﴿ ولو ادعى انه باع نصيبه على اجنبي فانكر الاجنبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على اشكال ﴾*= قد قضي للشريك بالشفعة في المثال في الخلاف والمبسوط والتذكرة والمختلف والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك وكذا الشرائع لانه قال لعله اشبه ونفاها في السرائر وجامع الشرائع ولا ترجيح في التحرير والايضاح (احتج) الشيخ في الخلاف والمبسوط بانه اقر بحقين احدهما حق المشتري والثاني حق الشفيع فاذا رد المشتري ثبت حق الشفيع وتقتضيه ان عدم قبول قوله في حق المشتري لا يوجب ابطال حق الشفيع لان الاقرار تضمن حكمين غير متلازمين (وبالغ) في السرائر في رده قال ان الذي تقتضيه اصول اصحابنا ومذهبهم ان الشفعة لا تستحق الا بعد ثبوت البيع ويستحقها وياخذها من المشتري دون البائع والبيع ما صح ولا وقع ظاهرا ولا يسوغ للحاكم ان يحكم بان البيع حصل وانعقد فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم وكيف ياخذها من البائع وايضا الاصل ان لا شفعة فمن اثبتها احتاج الى دليل قاطع وهذه مسئلة حادثة نظرية لا يرجع فيها الى قول المخالفين يعني المزني الى آخر ما قال (واجاب) في المختلف بان ثبوتها لا يتوقف على ثبوت البيع بل على البيع نفسه وقد اقر به البائع سلمنا لكن ثبوت البيع بامرين اما البينة او الاقرار وقد حصل احد الامرين بالنسبة الى المقر ولهذا لو صدقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرد الاقرار ونمنع عدم ثبوته عند الحاكم بالنسبة الى الشريك انتهى ولم يتعرض للجواب عن الاصل وعن الاخذ من المشتري (ولعل) الاولى والاخصر في كلامه الاول ان يقول ان توقف ثبوتها على ثبوت البيع انما هو بالنسبة الى الاخذ من المشتري واما بالنسبة الى الاخذ من البائع فيكفي اقراره وكيف كان فقول السرائر هو الاقوى نظرا الى الاصل والاجماع على ان الاخذ من المشتري والعلة المومى اليها في خبر عقبة ولا مخرج عنها كما اخرج عنها في غير المسئلة اذ لا اجماع في المقام والاطلاقات لندرتها لا تتناولها بل قولهم عليهم السلام باع نصيبه وباع الدار الى غير ذلك لا يتناول من ادعى البيع ووردت دعواه بحلف المنكر خصوصا الخبر الذي سئل فيه عن الشفعة ان هي وفي اي شيء هي فقال اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره (ولك) ان تقول انه لا مناص عن وجود الضرر بالشريك لانه يؤل الامر الى ان الامام يتصدق بالشقص ثم ماذا يكون حكم الشفيع اذا اعترف البائع بانه قبض الثمن من المشتري وانكر المشتري ذلك

وللشفيع دون البائع على اشكـال احلاف المشتري ولو ادعى تأخـير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينـه ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة ولو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة (متن)

ايأخذ الشقص بغير ثمن ام يقال للمشتري اما ان تقبض او تبرئه مع انه لا يجب عليه شيء منهـما بل قد يكون لا يريد ان يأخذ الثمن من الشفيع لعلمه بان ماله حرام او فيه شبهة ام يقر الثمن في ذمة الشفيع لانه معترف له به ولا يدعيه مع ان عليه ضررا في ابقاء حق غيره في ذمته ام يدفع للحاكم فيتصدق به عن مالكه لانه كمجهول المالك ام يضعه في بيت المال حتى اذا اعترف به اخذه ام يضعه في بيت المـال مع الاموال الضائعة ام يكون حاله (ظ) حال مال بيت المال كما يتولاه العامة وماذا يصنع البائع اذا لم يعترف بالقبض ايأخذ الثمن من المشتري وهو لا يستحقه عليه ام يأخذه بعنوان القصاص من المشتري ولم يملكه مضافـا الى ما يأتي في حال المخاصمة (قوله) —* والشفيع دون البائع على اشكال احلاف المشتري *— الاشكال في احلاف البائع المشتري (وحاصله) انه اذا ادعى انه باع نصيبه من اجنبي وانكر الاجنبي فلا شك كما في الايضاح في احلاف الشفيع المشتري اما لاثبات الشفعة على قول ابن ادريس او لاثبات الدرك وهذا الذي نفى الشك فيه توقف فيه في التذكرة والدروس حيث لا ترجيح فيهما وفي التحرير والمسالك انه اقوى (ووجه) العدم ان مقصوده اخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصلا من البائع فلا فائدة في المحاكمة (واما) البائع فقد استشكل المصنف هنا في تحليفه له وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة والحواشي حيث لا ترجيح فيها واختير في التحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ان له احلافه لانه له فيه فائدة بان تكون معاملة المشتري فيما يقع من العقـد والدرك اسهل من الشفيع كذا استدل له في المبسوط (واستدل) الجماعة بما حاصله من ان الثمن المأخوذ من الشفيع على تقدير قبضه منه ليس هو عين حقه بـل يأخذه قصاصا فله الاحلاف لاجله ولان دفع الدرك عن نفسه امر مطلوب وربما تعلق غرضه باثبات الشراء لبيان صدقه في دعواه واما على تقدير عدم قبضه منه فظاهر لانه يدعي عليه الثمن (ووجه) الاحتمال الثاني ان فائدة الاحلاف رجاء ثبوت الشراء المقتضي اخذ الثمن ان لم يكن قبضه من المشتري وهو حاصل من الشفيع فتنتـفي اليمين لانتفاء فائدتها وفي الايضاح ان هذا البحث انما يتأتى مع اطلاق الثمن او كونه من ذوات القيم اما مع تعينه وكونه مثليا فللبائع احلاف المشتري قطعا انتهى فتأمل (قوله) —* ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة *— كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وبالاول فقط في الارشاد ومجمع البرهان ومرادهم انه ان (ظ) ادعى على شريكه ان شرائه متاخر عن شرائه وانه يستحق عليه الشفعة قدم قول الشريك بيمينه لانه منكر والاصل عدم الاستحقاق والاصل عدم تقدم شرائه وهذا وان كان معارضا بمثله الا ان ذلك معتضد بالاصـل الآخر مـع انه لا يستلزم استحقاق الشفعة لان تعارضهما يقضي بالاقتران فلا شفعة ولا اقل من الشك فيرجع فيه الى الاصل ولهذا لم يلتفت اليه الجماعة (واما) الاكتفاء بحلف المنكر على نفي الاعم وان اجاب بالاخص فهو غير مختص بما نحن فيه بل جار في جميع الدعاوى لحصول الغرض من الجواب فان الغرض المطلوب من هـذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفي اليمين لنفيه لانه مفيد للمطلوب وربما كان الشراء متاخرا مع عدم استحقاق الشفعـة بسبب من الاسباب المسقطة لها فلا يكلف الحلف على نفيه وللشافعية وجه بتحتم الحلف على نفي الاخص على طبق الدعوى ووجه اخر بانه يجب الحلف على نفي الاخص ان اجاب به لانه لم يجب به الا ويمكنه الحلف عليه وان اجاب بالاعم ابتداء لم يكلف غيره (قوله) —* ولو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة *— كما هو صريح الشرائع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان لاصالة

ولا تكفي البينة على الشراء المطلق فان شهدت البينة بتقديم احدهما قبلت ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة ولو ادعى الابتياع وادعى الشريك الارث واقاما بينة قيل يقرع والاقرب الحكم ببينة الشفيع . (متن)

عدم تقدم كل منهما على الآخر وعدم ثبوت الشفعة للآخر عليه فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر ويأتي للمصنف في الكتاب وغيره والشيخ والقاضي في المسألة انه يسمع من احدهما اولا لسبقه او للقرعة او لكونه عن يمين صاحبه حتى تنتهي دعواه ثم يسمع من الآخر دعواه على تفصيل ستسمعه وتسمع الحال فيه (قوله) ولا تكفي البينة على الشراء المطلق – كما في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومعنى قيام البينة على الشراء المطلق ان تشهد بان احد الشريكين اشترى من دون ان تقول ان شراءه قبل شراء الآخر لان مطلق الشراء لا يثبت الشفعة (قوله) فان شهدت بتقديم احدهما قبلت – كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لوجود المقتضي وانتفاء المانع (قوله) ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة – ومثله في عدم الترجيح الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف وفي المبسوط وجامع المقاصد ان الاقوى القرعة وبه جزم في المهذب وفي الايضاح والمسالك ان الاولى التساقط والتحالف واستبعده في جامع المقاصد لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البينة ونقل في المختلف الاحتمال الاول قولا ولم نجده وانما هو احتمال لنا وقول للعامة واحتمل في التذكرة ايضا القسمة بينهما (وموضع) البحث ما اذا كانتا مؤرختين على وجه يحصل بينهما التعارض بان تشهد بينة كل واحد منهما بالسبق مع تساويهما عدالة وعددا اذ لو كانتا مطلقتين كانتا بمنزلة العدم ولو كانت احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة قدمت المؤرخة كما هو واضح ولا ترجيح هنا بالاعدلية والاكثرية ولعله لان اليد لهما (ووجه) التساقط تكافؤهما وامتناع العمل بهما وباحدهما لعدم المرجح فتنتفي الشفعة للشك في وجود المقتضي لكنا لم نجدهم اسقطوا البينتين يوما بل اما قسموا المال بينهما نصفين اذا كان في يدهما او فزعوا الى القرعة فقط او الحلف بعدها اذا كان خارجا عنهما (ووجه) القرعة ان احدى البينتين كاذبة وهي غير معلومة فتستخرج بالقرعة اذ لا طريق هنا الا هي وقد نزلها الشارع منزلة اليقين ولا بد من تحليف من خرج اسمه للنصوص الدالة على ذلك في مثله وهي كثيرة جدا وبه في مثله افتى الاكثر كما بين في بابه (ووجه) التساقط والتحالف انه بعد اطراح البينتين تبقى الدعويان كأن لم تكونا وليس الحكم باليمين مع سقوط البينة ببعيد كذا قال في المسالك لكنا لم نجد له اثرا في مثله اصلا كالتحالف والتساقط فتعينت القرعة (قوله) ولو ادعى الابتياع وادعى الشريك الارث واقاما بينة قيل يقرع والاقرب الحكم ببينة الشفيع – القائل بالقرعة الشيخ في المبسوط لانهما متعارضتان وزاد له في الايضاح ان دعوى الشريك معتضدة باصل عدم الشفعة وانه ليس منكرا محضا والاول لا يناسب ما يحاول (والحكم) ببينة الشفيع خيرة الحواشي وجامع المقاصد والمسالك وفي التذكرة انه قوي واحتمله في الدروس لانه المدعي في الحقيقة لان القول قول مدعي الارث مع اليمين فتكون البينة بينة الشفيع ولانه لو ترك لترك ولانه يطلب انتزاع ملك المشتري ويدعي استحقاق ذلك والشريك ينكره فلم يكن الحكم فيه مشكلا محلا للقرعة وزاد في جامع المقاصد ما نبه عليه في الدروس من انه ربما لم يكن بين البينتين تعارض اذ ربما عولت بينة الارث على اصالة بقاء الملك الى حين الموت فانتقل بالارث لعدم علمها بصدور البيع لان استنادها في ذلك الى الاستصحاب كاف وبينة الشراء اطلعت على امر زائد ووافقه على ذلك صاحب المسالك وهذا انما يتفق حيث يكون البائع هو الموروث اذ مع تغايرهما لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والايضاح (قوله)

ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت وكذا لو اقام الشفيع بينة انه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالارث لانها لم تشهد بالبيع واقرار البائع لا يقبل لانه اقرار على الغير ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع ولو ادعى الشريك الايداع واقاما بينة قدمت بينة الشفيع لعدم التنافي بين الايداع والابتياع (م ن)

﴿ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد (ومعناه) انه ادعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدقه زيد وانكر المشتري وقال اني ورثته من ابي لان تصديق من خرج عنه الملك الى الغير اقرار في حق الغير فلا يقبل ولا يعد مثل ذلك شهادة [illegible] على فعل نفسه في موطن تهمة وقد تقدم بيان الحال في ذلك وقد اطلق على من انتقل عنه ا[illegible] اسم البائع بمقتضى اقرار الشريك الذي هو شفيع بزعمه (قوله) ﴿وكذا لو اقام الشفيع بينة انه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالارث لانها لم تشهد بالبيع﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لانها لم تشهد بالبيع فما لم يثبت البيع لم تثبت الشفعة (قوله) ﴿واقرار البائع لم يقبل لانه اقرار على الغير﴾ قال في جامع المقاصد هذا تعليل لقوله ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت ذكره بعد تعليل المسئلة الثالثة فيكون من قبيل اللف والنشر الغير المرتب ويمكن جعله مسئلة اخرى براسها مستانفة لكن يلزم التكرار لان التصديق هنا بمعنى الاقرار (قوله) ﴿ولا تقبل شهادته عليه﴾ اي لا تقبل شهادة من هو بائع بزعم المدعي على الشريك لمكان التهمة ولانها على فعل نفسه فانه اذا كان البائع ثبت له على الشريك درك الثمن واستحقاق خيار الغبن والرؤية ونحو ذلك بشروطه فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تثبت له سلطانا على المشتري وذلك يجر نفعا الا ان تقول وتثبت ايضا للمشتري سلطانا بمثل ذلك واخذ الشفيع لا يؤدي في دفع ذلك عنه لانه يرجع بالآخرة اليه فتأمل (قوله) ﴿وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع﴾ اي ليست الشفعة من حقوق العقد الثابتة على البائع كخيار المجلس حتى يقبل فيها قول البائع لكونه اقرارا على نفسه او حتى يقبل فيها شهادته لانتفاء جر النفع وانما الشفعة حق ثبت بالاستقلال للشريك بسبب البيع وليست من حقوقه كذا قال في جامع المقاصد (قوله) ﴿ولو ادعى الشريك الايداع واقاما بينة قدمت بينة الشفيع لعدم التنافي بين الايداع والابتياع﴾ كما صرح بذلك كله في الشرائع والتحرير وقضية اطلاق الكتب الثلاثة ان بينة الشفيع مقدمة في جميع صور المسئلة وانه لا تنافي في شيء منها وهو غير تام كما ستسمع وهي اربع وعشرون وانما استثنى منها فيها صورة واحدة تذكرت في الثلاثة بلفظ القيل ايذانا بعدم ترجيحها كما ستسمع (وبيان) بلوغها الى اربع وعشرين انهما اما ان تكونا مطلقتين او مؤرختين او احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة فالصور اربع وعلى تقدير تأريخهما اما ان يتحدا في وقت واحد او يتقدم تاريخ احداهما وهما صورتان فصارت ستا وعليها جميعا ما ان تتعرض كل واحدة من البينتين لان الملك للبائع بان تقول ان البائع باع ما هو ملكه او ان الملك للمودع كأن تقول انه اودع ما هو ملكه اولا تذكرا ذلك او تذكره احداهما دون الاخرى فالصور اربع فاذا ضربت في الست السابقة كان المرتفع اربعا وعشرين وفي المبسوط والدروس تقييد تقديم بينة الشفيع بما اذا كانتا مطلقتين او كانت بينة الابتياع متاخرة التاريخ او مقيدة بان البائع باع ما هو ملكه ولم تقيد بينة الايداع ونحوه ما في التذكرة مع زيادة ما لو سبق تاريخ البيع قال لانه لا منافاة ايضا لاحتمال ان البائع غصبه بعد البيع ثم رد اليه بلفظ الايداع او رد مطلقا فاعتمده الشهود او يكون المشتري قد عجز عن الثمن فقال البائع خذه وديعة حتى تجد الثمن انتهى فتامل وقد يكون الدفع الى المشتري بصورة الوديعة لخوف من ظالم وغيره وهذا وان كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الايداع ولعل وجهه ان بناء الايداع على التساهل لان كان جائزا ولهذا اكتفي فيه

نعم لو شهدت البينة بالابتياع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الايداع لانفرادها ويكاتب المودع فان صدق بطلت الشفعة والا حكم للشفيع (متن)

بالفعل بخلاف البيع وقد اتفقت هـذه الكتب الثلاثة على الجزم باستثناء الصورة التي نسبت في الكتب الثلاثة المقدمة الى القيل وهي ما اشار اليها المصنف بقوله نعم لو شهدت الخ (وبيان)المسئلة وصورها انه لو ادعى الشريك في شقص على من هو في يـده انه ابتاعه ليأخذه بالشفعة وادعى من هو في يده انه وديعة متن مالك فان لم يكن لهما بينة فالقول قول مدعي الوديعة لاصالة عدم الشفعة وان اقـام الشريك بينة قبلت وان اقاما معا بينة قدمت بينة الشفيع على ما في الكتاب وما وافقه اما مع الاطلاق فلانه قـد يكون اودعه ثم باعه وكذا مع تقديم تاريخ بينة الايداع وقد سمعت ما في التذكرة من توجيه تقديم بينة الشفيع مع سبق تاريخ البيع ولو اتحد التاريخان فان امكن الجمع كما اذا قالتا يوم الجمعة فذاك والا كما اذا قالتا بعد الزوال بلا فصل فقضية اطلاق الكتاب وما وافقه تقديم بينة الابتياع وانه لا تنافي وهو مشكل اذ التنافي موجود فينبغي ان يكون النظر في هذه الصورة الى القاعدة وهو انه مدع فكأنه قال تقدم بينة الابتياع لعدم التنافي حيث لا تنافي وحيث يوجد التنـافي فلانه مدع لكنه بعيد عن العبارة واختار في الدروس في هذه الصورة القرعة (ثم) عدالى مفردات العبارة فان فيها تسامحا حيث سمى مدعي الايداع شريكا مجازا من حيث دعوى الشريك الاخر عليه الشركة او من حيث اليد الدالة في الظاهر على الملك وتسامحا في قوله قدمت بينة الشفيع لان تقديمها فرع التعارض ولا تعارض لعدم التنافي فلو قال قضي ببينة الشفيع كما ياتي له لكان اجود وفي تعليل التقديم بعدم التنافي مسامحة اخرى اذ لا ارتباط بينهما (قوله) —﴿ نعم لو شهدت البينة بالابتياع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الايداع لانفرادها ويكاتب المودع فـان صدق بطلت الشفعة والا حكم للشفيع ﴾— هذا هو ما استثني او كان في قوة المستثنى وقد عرفت ان القائـل بذلك الشيخ في المبسوط وبه جزم في التذكرة والدروس كما عرفت ان كلام الكتاب وما وافقـه يؤذن بعدم ترجيح ذلك (حجة الشيخ) ان بينة الايداع قد انفردت عن بينة الابتياع بذكر الملك مع تاخر التاريخ حيث قالت انه اودعه ملكه في تاريخ متأخر عن تاريخ البيع كأن قـالت بينة البيع انه باعه يوم الجمعة وسكتت وقالت بينة الايداع انه اودعه ملكه يوم السبت فيستصحب حكم الوديعة اذ لو تقدم على البيع فلا منافاة لجواز ان يودعه ملكه ثم يبيعه فكانتا مؤرختين والثانية متأخرة فلا يحتمل ان يكون المودع غير مملوك ويمكن ان يكون البيع لغير المملوك فكان اطلاقه اضعف من الوديعة المقيدة بصدورها من المالك وحينئذ فيكاتب المودع وهو من ادعى صاحب اليد انه اودعه وشهدت بايداعه ملكه لان اليد له بزعم المدعى عليه وبينته فان صدق فلا شفعة له ويكون بمنزلـة ما لو شهدت احدى البينتين لواحد بالملك والاخرى بالتصرف فان الملك اقوى وان لم يصـدق حكم للشفيع لا نتفاء حقه بتكذيب بينته فتسقط فتبقى بينة الشفيع بغير معارض فيجب العمل بها (لايقال) ان الشراء المشهود به قد نزل على الاعم من الشراء من المالك فكيف يعمل بينته بعد التكذيب (لانا نقول) كان الحمل على خلاف الظاهر لوجود المعارض الذي لا يقبل خلاف الظاهر والمصنف ومن وافقه يذهبون في هذه الصورة الى عدم التنافي لان البينة بايداع الملك لا تنفي البيع لان الشهادة بالملك يكفي فيها الاستناد الى العلم بالملك في زمان متقدم وعدم العلم بالمزيل الطاري وعدم العـلم به لا يدل على عدمه فحينئذ بينة الشراء تشهد بامر زائد لا تعارضها الاخرى فيه فيجب الحكم به وهو الاصح فقد قام بهذا التوجيه احتمال كون المودع غير مملوك وهو الذي اعتمده صاحب جـامع المقاصد وصـاحب

ولو شهدت بينة الشفيع ان البائع باع وهو (ماهو خ ل) ملكه وبينة الايداع مطلقا قضي للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها ويطالب مدعي الشفعة بالتحرير بأن يحدد مكان الشقص ويذكر قدره وكمية الثمن (متن)

المسالك ويمكن توجيهه ورفع التنافي مع كون المودع مملوكا بأن يكون باعه اولا ثم اشتراه او اتهبه ثم اودعه (ولعل) مراد الشيخ والمصنف في التذكرة والشهيد في الدروس بقولهم شهدت بأنه اودعه ماهو ملكه انه اودعه ملكه الذي لم يزل عنه كما اذا كان شرط عليه البائع يوم باعه وشريكه دفعة ان يودعه عند من هو بيده لينتفع به ويتصرف فيه وذكرت السبب فشهادة بينة البيع كانت مستندة الى اليد والتصرف لان المستودع لا يتصرف كما اشار اليه في التذكرة بقوله وحيث ينتفي الاحتمال اذ لا ينتفي الاحتمال الاان يكون المراد ما قلناه وحينئذ يرتفع النزاع في المسئلة (ويبقى الكلام) في تصديق المودع فانه على ما قلناه لا عبرة به فلا يتم التنزيل كما لايتم ما في التذكرة (وليعلم) ان ما حكي في الكتاب عن الشيخ قد حكي بعينه في الشرائع والتحرير وبه عبر في الدروس مع اختلاف يسير جدا في آخر كلامه وهو معنى ما في المبسوط قال قدمت بينة الايداع لانها انفردت بالملك واسقطت بينة الشراء واقر الشقص في يد المدعى عليه وكتب الى عمرو فسئل عما ذكر هذا الحاضر فان قال صدق الشقص وديعة سقطت الشفعة وان قال عمرو ما اودعته ولاحق لي فيه قضي للمدعي بينة الشراء وسلم الشقص اليه انتهى ومعنى تقديم بينة الايداع في كلامه وكلام من حكى عنه ومن وافقه انها تقدم على بينة الابتياع تقديما مراعى بمعنى انه يقر الشقص في يد المدعى عليه ولا ينتزعه الشفيع (اما) التقديم فلما تقدم من ادلته (واما) كونه موقوفا ومراعى فلامكان الوقوف على حقيقة الحال بسؤال عمرو فان صدق استمر الامر وان كذب حكم للشفيع (او يقال) لما كان غرض هذا اثبات الشفعة وغرض ذاك نفيها وقد حكم به كان في معنى التقديم فمناقشة صاحب جامع المقاصد لعلها لم تصادف محلها قال في حكاية المصنف قول الشيخ قدمت بينة الايداع الخ مناقشة فان الحكم للشفيع ينافي تقديمها بل ترتيب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها وكان الاولى ان يقول قيل يكاتب المودع فان صدق حكم ببينة الايداع لانها اقوى انتهى وانت قد عرفت ان المراد بالتقديم التقديم الموقوف لانه يمكن الوقوف على الحقيقة فلا منافاة في الامرين ولو قال بما جعله اولى كان خلاف الواقع (قوله) ﴿ ولو شهدت بينة الشفيع ان البائع باع وهو ملكه وبينة الايداع مطلقا قضي للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها ﴾ كما صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهذه داخلة في العموم السابق بتقديم بينة الشفيع كما تقدم بيانه وانما خصها بالذكر للمقابلة بينها وبين ماقبلها في الحكم بالتقديم وفي مراسلة المدعى كونه مودعا وعدمه لانها عكسها وفي جامع المقاصد انه غير محتاج الى التعرض اليها مع ايهام غير المراد وهو انها مستثناة كالتي قبلها وانت قد عرفت الوجه وهذا الايهام لاتكاد تتناوله يد الاوهام ولم تعتبر المراسلة هنا لانتفاء فائدتها فانه لو صدق بينته لم يلتفت الى قوله لترجيح بينة الابتياع من حيث عدم المنافاة وقد اتفقت عباراتهم هنا على التعبير بقضي ببينة الشفيع وهناك على التعبير بقدمت ويمكن بيان وجه ذلك (قوله) ﴿ ويطالب مدعي الشفعة بالتحرير بان يحدد مكان الشقص ويذكر قدره وكمية الثمن ﴾ ونحوه ما في التذكرة من انه اذا ادعى انه اشترى شقصا في شركته وانه يستحق عليه الشفعة فانه يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المبيع الذي يدعي فيه الشفعة ويذكر ثمنه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه وقال في التحرير لو ادعى تأخير شراء شريكه عنه طلب منه تحرير الدعوى بتعيين المكان الذي فيه الشفعة وقدر الشقص والثمن ومدعي الشفعة فيه وقال في الدروس وليحرر الدعوى بتعيين الشقص وحدوده وقدر الثمن وحكى الشهيد عن املاء المصنف انه لايراد بالتحديد التحديد المعروف بل يذكر ما يميزه

﴿فان قال الخصم اشتريته لفلان سئل فان صدق ثبتت الشفعة عليه وان قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه وان كذبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال (متن)﴾

عن غيره وقال في جامع المقاصد لا بد من مطالبة مدعي الشفعة بتحرير الدعوى فان الدعوى الغير المحررة لا تسمع وتحريرها بأن يحدد مكان الشقص اي يذكر ما يميزه عن غيره سواء كان بذكر حدوده ام لا فليس المراد بتحديده ذكر الحدود لان شهرته باسم او صفة قد تكون اظهر في تمييزه من ان يحتاج الى التحديد وانما قال يحدد مكان الشقص لان الشقص شايع فلا يمكن تحديده الا بتحديد المجموع وانما اشترط التميز لان الدعوى بالشيء الغائب عن مجلس الحكم لابد من تميزه من غيره والا لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم ولا بد من ان يذكر قدر الشقص لان ذلك من جملة التميز ولا بد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن انتهى (ونحن نقول) المراد بتحرير الدعوى ان تكون مسموعة بان تكون صحيحة لازمة كما صرحوا به في باب القضاء واخرجوا من ذلك ما لو ادعى الشفعة على الجار اومع تكاثر الشركاء او انه وهبه ولم يقبضه فانها لم تسمع فيكفي في تحرير دعوى الشفعة ان يقول ان هذا قد اشترى شقصاً او نصفا من الدار المعلومة عندنا المشتركة بيني وبين اخيه بمائة درهم فيقول المدعى عليه لم اشتره وانما اتهبته مثلا اورثته من اخي او اودعنيه او اعارنيه او اسقط الشفعة ببعض مسقطاتها او نحو ذلك ولا يشترط اكثر من ذلك ككونه في المكان الفلاني او كونه مشهورا باسم او صفة ومعرفة مقدار الشقص ولذلك لم يذكره الاكثر نعم لو قال بثمن لم نعلمه او شقصا من دار من دور مشتركة لم نعلمها لم تسمع وان استخرج هذا الشقص بالقرعة وما نحن فيه ليس من الدعوى بالشيء الغائب الذي لا بد من تميزه عن غيره وانما هو دعوى شفعة وحق تعلق بشيء غائب كما اذا ادعى عليه انه حجر ارضا وغلبه هذا عليها فاخذها واحياها وان كان يؤول بعد الاخذ بالشفعة الى الدعوى بالشيء الغائب (ثم) ان المشهور بين المتأخرين سماع الدعوى بالشيء المجهول كالثوب والفرس والشيء والمال فاطلاق كلامهم غير جيد وان كان من المعلوم ان الثمن والشقص اذا كانا هنا مجهولين فلا شفعة ثم ان طالب الشفعة ومدعيها قد يكون نزاعه في امور آخر لا تعلق لها بقدر الشقص ومكانه ولا بكمية الثمن كما اذا كان الثمن قيميا وادعى المشتري سقوط الشفعة به الى غير ذلك مما وقع فيه النزاع من متعلقات الشفعة فليلحظ ذلك (قوله) ﴿فان قال الخصم اشتريته لفلان سئل فان صدق ثبتت الشفعة عليه﴾ كما في التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والوجه في ذلك ظاهر وقال في الاخير ان المسئلة من شبه ما اذا ادعى الشريك بالشفعة على من بيده الشقص فتارة اجاب بكونه وارثا وتارة بكونه مستودعا وهنا اجاب بكونه اشتراه لغيره فاراد بالخصم من بيده الشقص فسماه في المسائل السابقة شريكا (ثم) المنسوب اليه الشراء لايخلو اما ان يكون مولى عليه بالنسبة الى المشتري او بالغا عاقلا والثاني اما ان يكون حاضرا اوغائبا وحكم الحاضر كما ذكر هنا انه يسئل لامكان مراجعته بغير امتداد زمان وحصول ضرر فلا يتسلط على ملكه بدون ذلك فان صدق ثبتت عليه الشفعة ولا بحث ويأتي بيان الحال في الغائب (قوله) ﴿وان قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه﴾ كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد لان يد الاول فرع يده واقرار الاول لا ينفذ عليه لانه اقرار على الغير فحينئذ يسعى الشريك في الاثبات ان امكنه ولم يذكره في التذكرة (قوله) ﴿وان كذبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال﴾ اقربه الحكم بالشفعة كما في الايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في التذكرة والتحرير والدروس لاعترافه بالشراء الموجب للشفعة وقد اندفع اقراره به للغير بتكذيبه ولو يقربه قبل ذلك لغير هذا الغير وبالجملة قد ثبت مطلق البيع وجعل وجه الوجه الاخر في الايضاح وجامع المقاصد انه نفى الملك عن نفسه وجعله الشهيد انه نفى جميع البيوع المنسوبة الى غير فلان وهو منكر فلا يحكم عليه ولذلك لم يرجح كالمصنف وعلى الحكم

وان كان المنسوب اليه غائبا انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى ان يحضر الغائب ويكون على حجته اذا قدم وان قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمل ثبوت الشفعة لانه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه فان اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب او للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة (متن)

بالشفعة يبقى الثمن في يد الشفيع الى ان يدعيه المقر له او يدفع الى الحاكم الى ان يدعيه المقر الذي هو الخصم كما في الحواشي (قلت) ابقائه في يد الشفيع اذا كان معينا لا وجه له اصلا لان له مالكا فلا بد ان يبقى في يد الحاكم لانه وليه وكذا ان كان غير معين على الاشبه ولا معنى للتفرقة ودفعه الى الخصم اذا ادعاه خلاف ما هو الاشهر في باب الاقرار وان خير بينه وبين القاضي المصنف في الاقرار وجزم في الايضاح وجامع المقاصد بدفعه الى الحاكم (قلت) لانه ولي الغائب والمتولي لحفظ المال الضائع والمجهول المالك وهذا في حكمها لكنه في اقرار الكتاب والتذكرة خير في مثله بين تركه في يد المقر او القاضي وهذا غير ما تقدم لنا فيما اذا ادعى انه باع نصيبه على اجنبي (قوله) =*﴿ وان كان المنسوب اليه غائبا انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى ان يحضر ويكون على حجته اذا قدم ﴾*= كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد (وقد وجهه) في التذكرة بان في التاخير اسقاط الشفعة اذ كل مشتر يلتجي الى دعوى الشراء للغائب وبان الغائب اما مصدق او مكذب وعلى التقديرين يستحق الشفيع الشفعة اما عليه او على الحاضر (وزاد) في جامع المقاصد الانتظار الى ان يراسل الغائب فيه تاخير لحقه المقتضي للضرر بخلاف الحاضر واحتمل في التحرير عدم الاخذ الى ان يحضر الغائب ومعنى كون الغائب على حجته انه لا يحكم عليه بالشفعة بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك بل نقول اما ان يكون مصدقا فلا بحث او يقول هو ملكي لم اشتره فالخصومة معه او يكذب فالحكم ما سبق (قوله)=*﴿ وان قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمل ثبوت الشفعة لانه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ﴾*= ثبوت الشفعة خيرة التذكرة والحواشي والدروس وجامع المقاصد مستندا في التذكرة والتحرير الى التعليل المذكور وهو للشافعية ونقضه في الحواشي والدروس بالوكيل وقال فيها الاولى الاعتماد على صحة اخبار المسلم ولانه يقبل اقراره بدين على المولى عليه كما نص عليه في قوله تعالى فليملل وليه بالعدل وقال في جامع المقاصد لو صح هذا التعليل لوجب ان يملك الاقرار بالشفعة بعد اقراره بكون الملك للطفل ويأتي التصريح بخلافه ان شاء الله تعالى (قلت) لعل الغرض من التعليل انه له التصرف في امواله بالاقوال والافعال وهو كسائر تصرفاته لانه اما ابوه او بمنزلة ابيه (وليعلم) ان الضمير في فيه في العبارة راجع الى الشراء كما هو ظاهر كلام الشافعية الذين هم الاصل في ذلك ويحتمل ان يرجع الى الملك المفهوم من المقام (قوله) =*﴿ والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه ﴾*= قال في التحرير انه اقرب (وحاصل التعليل) انه اقرار على الصغير فلا ينفذ (ورده) في جامع المقاصد بانا لا نسلم انه اقرار على الطفل بل هو اقرار على ما في يده فانه اقر بالشراء وبكونه للطفل حين كان ظاهر حال يده يقتضي كونه مالكا فاما ان يسمع واحد من الامرين او يسمعا معا قال وما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم بالحكم في الغائب لا وجه له اصلا انتهى ولا تغفل عما في التحرير والوجه في الفرق ان الصبي لا يفرض فيه انه اما مصدق او مكذب فالمدار فيه على الولي ولا كذلك الغائب (قوله) =*﴿ وان اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب او للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة ﴾*= اي لو اعترف المدعى عليه بالشفعة بالشراء فهو في العبارة صلة اعترف بعد اقراره بكونه مملوكا للغائب او للطفل بان قال هذا ليس ملكا لي بل ملك لفلان الغائب او لمحجوري فلان وقد اشتريته له لم تثبت الشفعة

ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة لانه اقرار من ذي اليد وعدمه لانه اقرار على الغير فان قدم الغائب وانكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالاجرة من شاء منهما ولا يرجع احدهما على الآخر (متن)

لان اقراره بالشراء له بعد اقراره بالملك له اقرار في حق الغير بخلاف ما اذا اقر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار فيثبت جميعه كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد وهو الذي فرض المسئلة فيه في الدروس لانه فرضها ايضافيما اذا قال اشتريته للطفل (ولقائل ان يقول) لا فارق بين الامرين بالنسبة الى ولي الطفل وفرض المسئلة بنحو هذه العبارة في التحرير فيما اذا قال اشتريته لنفسي وهو الذي فهمه الشهيد في حواشيه من عبارة الكتاب قال لانه نفى الملك باقراره اولا فلا يعود اليه باعترافه بالشراء الا ان يقيم الشفيع بينة بأن شرائه سابق فتقبل ولو اقام المدعي البينة لم تقبل لانها فرع الدعوى وهي غير مقبولة انتهى فتأمل (قوله) =*﴿ ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة لانه اقرار من ذي اليد وعدمه لانه اقرار على الغير ﴾*= قد ذكر الاحتمالان في التذكرة والدروس من دون ترجيح وفي التحرير ان الاول اقوى لما ذكر وضعفه في جامع المقاصد بان اقرار ذي اليد مسموع حيث لا يكون اقرارا في حق الغير وذلك اذا لم يعلم كون الملك للغير اما اذا علم فهو اقرار على الغير لامحالة وقال لكنه يشكل بشيء وهو ان من بيده مال الغير مصدق في دعوى الوكالة بغير خلاف ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلا على قوله وكذا لو ادعى الشراء من المالك يسمع ثم قال والذي يخطر بالبال انه ان كان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه الى المدعي كما هو المتبادر من الدعوى فهو مشكل والظاهر العدم لان مجرد دعوى الشراء ممن بيده مال لا يقتضي الثبوت شرعا فليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة الحكم بالوكالة وان كان المراد جواز اخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس ببعيد كما يجوز الشراء منه والاتهاب ونحوهما من التصرفات ثم يكون الغائب على حجته (قوله) —*﴿ فان قدم الغائب وانكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالاجرة من شاء منهما ولا يرجع احدهما على الآخر ﴾*— كما ذكر ذلك كله في التذكرة والدروس اما التخيير فظاهر كتقديم قوله بيمينه واما انه لا يرجع احدهما على الآخر فلان مدعي الشراء يعترف بان المنافع حق الآخذ بالشفعة وان المطالبة ظلم كما ان الآخذ بالشفعة بسبب دعواه عليه الشراء والشفعة قد صدقه في كون الغائب ظالما بالمطالبة بعوض المنافع (والحاصل) ان المرجوع عليه منهما يعترف بظلم الراجع نعم لو غر مدعي الشراء الاخذ من اول الامر بدعواه الشراء ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه كان له الرجوع على اصح القولين من ان المغرور يرجع بما اغترمه مما حصل له في مقابله نفع وهذا فيما فات من المنافع في يد الاخذ بالشفعة اما ما فات منها في يد مدعي الشراء فانما يطالب به هو لا الآخذ بالشفعة (وليعلم) انه في الدروس بعد ان ذكر مثل ما في الكتاب قال وكذا لو باع ذو اليد مدعيا للوكالة وصدقه الشفيع لكن هنا لا يرجع الشفيع على الوكيل لو رجع عليه بخلاف ما لو رجع على الوكيل والفرق استقرار التلف في يد الشفيع ولو اخذ الشفيع اعتمادا على دعوى الوكيل رجع عليه لانه غره إنتهى (وفيه نظر) ظاهر لان مدعي الوكالة يعترف بان المنافع حق الاخذ بالشفعة وان مطالبته بها ظلم فكيف يرجع الوكيل عليه لو رجع عليه والمظلوم انما يطالب ظالمه فكانت كمسئلتنا التي نحن فيها وقد جزم فيها كما عرفت بعدم رجوع احدهما على الآخر ولم يلتفت الى التلف لان المرجوع عليه منهما يعترف بظلم الراجع ومثل ما في الدروس ما في

ولو انكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفي القضاء له باليد اشكال فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعي الكل الا بالبينة ان لم نقض باليد ولو ادعى كل منهما (من الشريكين خ ل) السبق في الشراء سمع من المدعي اولا فان لم تكن بينة حلفنا المنكر فان نكل حلفنا المدعي وقضي له ولم تسمع دعوى الآخر لان خصمه قد استحق ملكه (متن)

المبسوط والتحرير من ان الوكيل يرجع على الشفيع و الذي استقر عليه رأيه بعد ذلك في المبسوط واختاره في الشرائع ان الشفيع يرجع على الوكيل لانه غره وان الوكيل لايرجع على الشفيع واليه اشار بقوله في الدروس ولو اخذ الشفيع اعتمادا على دعوى الوكيل رجع عليه لانه غره انتهى لانه لا بد من ان يكون مرادها انه غره ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه (قوله) —*﴿ ولو انكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة ﴾*— اي افتقر مدعي الشفعة الى البينة على دعواه ان لم يكن صاحب يد قطعا كما في جامع المقاصد (قوله) —*﴿ وفي القضاء له باليد اشكال ﴾*— يريد انه هل يقضى للشفيع باليد لو كان صاحب يد ام لا ولم يرجح المصنف هنا ولا ولده في الايضاح وجزم في التحرير بأنه لا يكتفى باليد وانه يفتقر الى البينة وجزم في التذكرة بأنه يقضى له بها وفي الدروس انه الاولى وفي جامع المقاصد انه الاصح وحكاه في الحواشي عن ابن المتوج (ومنشأ) الاشكال وعدم الترجيح من ان دلالتها اي اليد على الملك ضعيفة لان دلالتها بحسب الظاهر فتفيد انه لاينتزع الملك منه بمجرد الدعوى وانه لايحتاج الى البينة واما انه يستحق انتزاع ملك الغير الذي هو على خلاف الاصل فيتوقف على قاطع لان لها هنا معارضا وهو حق المشتري وهو حجة التحرير ومن انها دالة على الملك شرعا وهو سبب ثبوت الشفعة وما يضعه الشارع دليلا على الملك يقتضي ثبوته فيترتب عليه جميع توابع الملك ومن جملتها الشفعة وكونها انما تدل على الملك ظاهرا غير قادح لان الاحكام الشرعية كلها جارية على الظاهر وهكذا الحال في البينة وغيرها من اسباب الملك وحق المشتري غير معارض لان الشريك متى ثبت ملكه شرعا كان حقه مقدما بالنص والاجماع وهذا حجة التذكرة وما وافقها وهل للمشتري احلافه قال في جامع المقاصد نعم اما اذا ادعى المشتري ان ما بيد الشفيع ملك له فظاهر واما اذا لم يدع الملك لنفسه وانما اقتصر على نفيه عن الشفيع فلا جرائه مجرى المدعي (قوله) —*﴿ فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعي الكل الا بالبينة ان لم نقض باليد ﴾*— العبارة لاتخلو عن حزازة ومعناها كما صرح به في التذكرة انه لو ادعى احد المتشبثين الجميع والآخر النصف وقضي له بالنصف باليمين وقضي لصاحب الكل بالنصف لعدم المزاحمة فيه ثم باع مدعي الكل نصفه لم يكن لمدعي النصف شفعة الا مع القضاء باليد والمصنف جعلها متعلقة بالمسئلة السابقة فيكون المشتري الذي انكر ملكية الشفيع في الاولى ادعى ان الكل له والشفيع صاحب اليد ادعى ان النصف له فقال لو قضي له الخ وانت قد عرفت ان اليد تقتضي بالملك والشفعة (قوله) —*﴿ ولو ادعى كل منهما السبق في الشراء سمع من المدعي اولا فان لم يكن بينة حلفنا المنكر فان نكل حلفنا المدعي وقضي له ولم تسمع دعوى الآخر لان خصمه قد استحق ملكه ﴾*— كما صرح بذلك كله في المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد (قال) في المبسوط فان قال كل واحد منهما ملكي سابق وانت ملكت بعدي فلي الشفعة فلا يخلو من ثلاثة احوال اما ان لايكون هناك بينة او يكون مع احدهما بينة او مع كل واحد منهما بينة فان لم يكن مع واحد منهما بينة فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاذا سبق احدهما بالدعوى على صاحبه قلنا له اجب عن الدعوى فان اجاب فقال لايستحق علي الشفعة فالقول قوله مع يمينه فان نكل

ولم يحلف رددنا اليمين على المدعي فاذا حلف قضينا له بالشفعة وسقطت دعوى صاحبه لانهُ لم يبق لهُ ملك وان حلف سقطت دعوى صاحبهِ ويقال لهُ لك الدعوى بعد هذا فاذا ادعى بعد هذا على صاحبهِ نظرت فان نكل حلف هو وسقطت دعوى صاحبهِ واستحق الشفعة وان لم ينكل لكنهُ حلف سقطت الدعوى وكانت الدار بينهما على ما كانت انتهى ونحوه ما في ماذكر بعده (ولكن) قدتقدم للمصنف انهُ لوادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة وقد حكينا ذلك عن الشرائع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وظاهر هذه الكتب المذكورة سماع الدعويين معاً وثبوت اليمين لكل منهما على صاحبهِ وهو مناف لما هنا (واجاب)عنهُ في جامع المقاصد بعد ان حرر ان الدعويين لا تسمعان معا واحالهُ على باب القضاء قال بل ان سبق احدهما سمع منهُ وان ابتدءا معا سمع ممن هو على يمين صاحبه او بالقرعة بأن المراد من قولهم هناك تحالفا ان الحاكم يسمع الدعوى من احدهما على حسب ما تقتضيه الحال من سبق وغيره ككونه عن يمين صاحبه او بالقرعة فاذا حلف المدعى عليه سمعت دعواه على المدعي فاذا انكر وحلف تحقق تحالفهما فهذا هو المراد لا التحالف المذكور في البيع والجعالة والاجارة وغيرها لان المتنازع فيه هناك شيء واحد وهو الثمن والاجرة وكل منهما مدع ومدعى عليه فيه بخلاف ما هنا فان المتنازع فيه شفعة احدهما على الآخر وشفعة الآخر عليه وهما شيئآن مستقلان فلا تكون الدعوى بهما واحدة فلا يمكن سماعها دفعة بل لا بد من تقديم من يجب تقديمه ثم قال (فان قلت) انهما اذا اقاما بينة تساقطتا أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان واعتبرت البينتان (قلت) المراد فيما سبق انه اذا ادعى احدهما او كل منهما السبق وسمعنا دعوى كل واحد منهما فاقام بينة بالسبق اقام الآخر وهو المدعى عليه بينة اخرى بكونه السابق من غير انشاء دعوى مستأنفة وقبل صدور الحكم والقضاء بالشفعة للمدعي فان البينة من المدعى عليه مسموعة هنا لان كلاً منهما مدع سلطنة على ملك الآخر فله ان يدفعها عن نفسه كما سمعت بينة المشتري اذا اختلف هو والشفيع في الثمن مع ان الشفيع هو المدعي وكما تسمع بينة البائع اذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين انتهى كلامه (وهو) غير ملتئم الاطراف لانه حرر اولا ان الدعويين لا تسمعان في شيء واحد او شيئين كما هو قضية اطلاقه ورتب على ذلك ان قولهم بالتحالف هنالك ان من سبق بدعوى السبق تسمع دعواه حتى ينتهي حلف المنكر ثم يدعي المنكر ثم قال انه غير التحالف في البيع والاجارة والجعالة لان المدعى فيه في الثلثة ونحوها شيء واحد بخلاف ما هنا فانه شفعتان وقضية ذلك ان الدعويين تسمعان في الشي الواحد وقد نفى ذلك اولا باطلاقه على ان ما نحن فيه قد نقول انه يؤل الى دعوى واحدة وشيء واحد وهو السبق ولو لحظنا في البيع ونحوه مما قالوا فيه بالتحالف كما اذا تداعيا عينا في يدهما ما لحظه فيما نحن فيه من انهما شفعتان لقلنا انهما في البيع والعين دعويان أيضا (سلمنا) خفاء ذلك في البيع لكن وضوحه في العين لا يكاد ينكر هذا يقول النصف الذي في يدك لي وذاك يقول بل النصف الذي في يدك لي كما هو الشأن في الشفعة لان مآلها الى ان كلا منهما يدعي النصف الذي في يد صاحبه وقداحتجوا على تحالفهما في العين بان كلا منهما مدع ومنكر فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويتخير القاضي فيبدء بتحليف من يراه او يقرع بينهما كما ستسمع على انه في جامع المقاصد علل تحالفهما في باب البيع باختلافهما في المبيع كما اذا قال بعتك العبد بمائة فقال بل الجارية بمائة او الثمن المقتضي لتعدد الدعوى انتهى وقد فرق هنا بين الشفعة والبيع بان الدعوى في الشفعة ليست واحدة كالبيع ثم انه ما زادفيما اعترضه على نفسه على ان البينة تسمع من المدعى عليه ولم ينف سماع الدعويين كما ذكر في السؤال بل صرح في اول كلامه بسماع الدعويين ثم قال انا نسمع بينة المدعى عليه من دون انشاء دعوى مستأنفة فيكون مراده انه ليس هناك دعويان وانما هي دعوى واحدة سمعنا فيها بينة المنكر فتأمل (ونحن نقول)

ولو اختلف المتبايعان في الثمن واوجبنا التحالف اخذه الشفيع بما حلف عليه البائع لا بما حلف المشتري لان للبائع فسخ البيع فاذا اخذه بما قاله المشتري منع منه فان رضي المشتري باخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال المشتري فان عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه بما حلف عليه الاقرب ذلك (متن)

الذي حررناه في باب القضاء في التحالف هو ما حرره اولا من ان الحاكم يبدأ بأحدهما على حسب ما يقتضيه الحال من سبق وغيره إلى آخر ما ذكره لكنا لم نفرق بين البيع وغيره سواء انحلت الى دعويين كما ادعاه هنا ام لا لكن ظاهر كلام الاكثر انه لا يحتاج الى ذلك اي الى ان الحاكم يسمع من احدهما حتى تنتهي دعواه ثم يسمع من الاخر على التفصيل المذكور وهو قضية كلام المصنف في التحرير وغيره حيث تعرضوا للبدئة باليمين فيما اذا تنازعا عينا في يدهما قال في التحرير ان الخيرة للقاضي فيبدء بمن يراه اومن تخرجه القرعة وجزم في مجمع البرهان بانه لا بد منها اي القرعة للاحتياط (والذي) يخطر في البال الآن هو ما أشار اليه في المهذب من انهما اذا بدرا معا بالدعوى تحالفا وان سبق احدهما بها جاء ما في المبسوط (او نقول) انه اذا بدر احدهما وقدمه القاضي فقال ملكي اسبق او بعت بالجارية مثلا او العين كلهما لي فقال للآخر أجب عن الدعوى فقال ملكي هو الاسبق واشتريت بالعبد او العين كلها لي تحالفا والخيرة في البدئة للقاضي كما في التحرير وان قال لا يستحق علي الشفعة اولا يستحق علي الجارية او لا يستحق علي النصف الذي في يدي حلف المنكر ثم سمع دعواه وحلف المدعي اولا بل في كلام الشيخ اشارة الى ذلك حيث قال فان اجاب فقال لا يستحق علي الشفعة اذ قضيته انه له ان يجيب بان ملكي اسبق فليلحظ ذلك وتظهر الفائدة في البدئة باليمين في تعددها على المبتدي على تقدير نكول الآخر (قوله) ﴿ ولو اختلف المتبايعان في الثمن واوجبنا التحالف اخذه بما حلف عليه البائع لان للبائع فسخ البيع فاذا اخذه بما قاله المشتري منع منه ﴾ اي منع الاخذ بما قاله المشتري من فسخ البائع لانه لا يكون حينئذ ليمين البائع وفسخه فائدة وان قرئ مجهولا صار المعنى منع البائع من الفسخ وقد تقدم الكلام في المسئلة مسبغا مشبعا (قوله) ﴿ فان رضي المشتري بأخذه بما قاله البائع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال المشتري ﴾ اي رضي المشتري بالزيادة التي ادعاها البائع فوق ما ادعاه المشتري جاز ذلك وان تحالفا كما في الحواشي قال لان المشتري قد رضي بما قاله البائع ويأخذه الشفيع بما ادعاه المشتري لا بما رضي به انتهى (وهو) المحكي عن كنز الفوائد وحاصله انه لا يمنع منه كما منع في صورة ما اذا لم يرض اذ الفائدة في يمين البائع وفسخه موجودة (ويبقى) الكلام في المأخوذ منه وقضية كلاميهما انه المشتري وان انفسخ البيع بالتحالف او فسخه البائع لمكان رضاه بالزيادة وان لم يرجع عن قوله ولا يحتاج الى عقد جديد بالنسبة الى الشفيع لان المشتري يملك الاخذ من البائع لا انشاء تسليم المبيع الى الشفيع ويكون الدرك عليه واما ان الاخذ بما ادعاه لا بما رضي به فلمؤاخذته بقوله الذي لم يرجع عنه واعترافه بأن البائع ظالم (والحاصل) انه لا منافاة بين التحالف والاخذ من يد المشتري بما قال (ونزل) في الايضاح رضى المشتري في العبارة على انه كان قبل تمام الحلف ومعناه انه رضي بعد حلفه وقبل حلف البائع وذلك لانه بعده ينفسخ او ينفسخ فلا بد من عقد آخر فان لم يكن كان الاخذ من البائع وبما قاله (قلت) على ما سلف لنا من ان الاخذ يتقدر بقدر الحاجة لا مانع حينئذ من ان يكون الاخذ من البائع وبما قال المشتري فيدفعه اليه وهو يتمه ويدفعه الى البائع (قوله) ﴿ فان عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه بما حلف عليه الاقرب ذلك ﴾ كما في الايضاح والحواشي وجامع المقاصد لقولهم (عليهم السلام) اقرار العقلاء على انفسهم جائز وقوله اي المشتري الثاني اقرار في

ولو ادعى على احد وارثي الشفعة العفو فشهد له الاخر لم تقبل فان عفى واعاد الشهادة لم تقبل لانها ردت للتهمة ولو شهد ابتداء بعد العفو قبلت ولو ادعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة ولو نكل احدهما فان صدق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة لهما ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره (متن)

حق الغير اي الشفيع فلا يسمع بل قال في الاول انه لا يحتمل عنده غيره لانه فرض عود الشقص وتصديقه البائع قبل حلف البائع قال فيحكم عليه باعترافه بصحة البيع فللشفيع اخذه حينئذ بما حلف عليه المشتري اي بما ادعاه (ووجه) غير الاقرب بما قال ثانيا ثبوته باقراره ودعواه الغلط امر ممكن وانه لا يدخل عليه ضرران الشفعة ونقص الثمن مع امكان صدقه والاصل ان لا ينقل مال الشخص عنه الا بقوله وفي كنز الفوائد على ما حكي والحواشي ان في قول المصنف بما حلف عليه مساهلة لانه يحلف على نفي ما ادعاه البائع لا على ما يدعيه هو (واجاب) في الايضاح عن ذلك بأن عنوان الموضوع ليس بشرط في الحكم لانه يصدق كل نائم مستيقظ في الجملة (وقال) الشارحان على قول ابن ادريس بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ يرجح اخذه بما قاله ثانيا لان قوله الثاني سبب ثبوت الشفعة وثبوت الفرع ينافي نفي الاصل (وقال) في جامع المقاصد انه يمكن ان يقال انه وان كان سببا الا انه لا يعين الاخذ بالثمن الذي رجع اليه لعدم سماع ما يكذب اقراره (واحترز) المصنف بقوله كنت غالطا عما لو اكذب نفسه فانه لا يسمع اصلا وهذه المسائل ساقطة على المعروف بين الاصحاب من عدم القول بالتحالف (وقال) في الايضاح ولم يذكروا تحالف المشتري والشفيع لان الشفيع مدع لاغير والمشتري مدعى عليه لاغير فاختص بالتحليف ولان البائع والمشتري مباشران للعقد والاحتمال في قولهما على السواء والشفيع اجنبي فتصديق المباشر اولى ولرجوع كل من البائع والمشتري الى ماله ولو تحالف الشفيع والمشتري لم يرجع الشفيع الى شيء فلا فائدة في تحليفه ولو اختلفا بعد قبض الثمن واخذ الشفيع فاذا تحالفا اقرت العين في يد الشفيع ويرجع البائع على المشتري بقيمته بعد الفسخ يوم قبضه (قوله) ولو ادعى على احد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل كما في التحرير وجامع المقاصد وهو قضيه كلام المبسوط والتذكرة والدروس في مسئلة الكثرة لان ذلك يجر اليه نفعا لانه يستحق الاخذ للجميع اذا ثبت ذلك فيصير مدعيا وينبغي ان يقيدوه بما اذا لم يكن عاجزا لعدم التهمة حينئذ والضمير في ادعى راجع الى المشتري (قوله) فان عفى واعاد الشهادة لم تقبل كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة لانها ردت للتهمة فيستصحب فكان كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب واعادها (قوله) ولو شهد ابتداء بعد العفو قبلت كما في التحرير وجامع المقاصد لعدم المانع لانه حينئذ كالاجنبي (قوله) ولو ادعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ووجهه واضح (قوله) ولو نكل احدهما فان صدق الحالف الناكل فالشفعة لهما كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس (اما) الحالف فقد استحقها بيمينه (واما) الناكل فانه اذا صدقه الحالف على عدم العفو كان اقرارا باستحقاقه بعض ما ثبت فيكون قد أخذ باقرار الحالف لا بيمين الحالف فلا مخالفة فيه للقاعدة القائلة بانه لا يستحق احد بيمين غيره ولا يحلف احد لاثبات حق غيره ولا يرد الناكل ولا الحاكم اليمين على المشتري لانه لا يستفيد بيمينه شيئا لانه اذا حلف اي المشتري استحق الآخر بيمينه الشفعة كلها ولم ينتفع باليمين كما بين ذلك في المبسوط والتذكرة والدروس فعلى هذا يسقط حقه هنا عن المشتري بمجرد نكوله نعم ان عفى الحالف بعد يمينه كان للمشتري ان يحلف الآن لانه يسقط الشفعة عنه كما نبه عليه في التذكرة (قوله) ويأخذ الناكل

ودركه على المشتري وان كذبه احلف الناكل له ولا يكون النكول مسقطا لان ترك اليمين عذر على اشكال فان نكل قضي للحالف بالجميع وان شهد اجنبي بعفو احدهما فان حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة والا اخذ الآخر الجميع ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت (متن)

بالتصديق لا بيمين غيره ﴿ كما في التذكرة (الدروس خ ل) وجامع المقاصد وهذا جواب عن سؤال مقدر تقدم بيانه (قوله) ﴿ ودركه على المشتري ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد اي درك ما يأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يد المشتري وان كان سببه اعتراف الشريك الآخر اذ لا منافاة بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالنكول وثبوت الدرك بسبب ترتب يده على يده فاحتمال العدم لذلك ضعيف (قوله) ﴿ وان كذبه احلف الناكل له ﴾ اي ان كذب الحالف الناكل في كونه لم يعف احلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق الشفعة لان دعواه استحقاق الاخذ منه غير دعواه استحقاق الاخذ من المشتري وبه صرح في الدروس وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط (قوله) ﴿ ولا يكون النكول مسقطا لان ترك اليمين عذر على اشكال ﴾ ينشأ من جوازها على الصدق وكراهتها للخطر كما في الايضاح ونحوه ما في الحواشي من الترغيب في تركها ومن انه قادر على الاخذ بها لانها جائزة قال ومنشأ الاشكال هل العذر ما لا يمكن معه الفعل بحيث ترتفع القدرة او ما هو الاصلح تركه لوجود ما يتوقع معه الضرر (قلت) كلاهما عذر بل قالوا انه لا يجب مخالفة العادة في المشي وان عيادة المريض وقضاء حاجة المؤمن من عذر فما ظنك بالحلف الذي ورد المدح و الترغيب في تركه و الترهيب والمذام على فعله فلا يكون تركه الى حين احضار البينة الحاضرة في البلد الى مجلس الحاكم يعد تراخيا وبه جزم في الدروس وهو قضية كلام المبسوط او صريحه وفي جامع المقاصد ان فيه قوة ولا ترجيح في التذكرة والايضاح (قوله) ﴿ فان نكل قضي للحالف بالجميع ﴾ على القول بالقضاء بالنكول وعلى القول الآخر لا بد من رد اليمين عليه فيحلف انه عفى وبه صرح هنا في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وان نكل قال في المبسوط صرفا ولم يكن لهما حكم عندنا وفيه تأمل لان اليمين إذا عرضت على المدعي فنكل سقطت دعواه (قوله) ﴿ وإن شهد أجنبي بعفو أحدهما فان حلف بعد عفو الاخر بطلت الشفعة و إلا أخذ الآخر الجميع ﴾ كما في المبسوط على الظاهر منه لان ما حضرني من نسخه لا يخلو من غلط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد (ومعناه) أنه إن شهد أجنبي عن الشفعة بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من اليمين فان حلف المشتري مع شاهده بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها لمكان عفو أحدهما وثبوت عفو الاخر بالشاهد واليمين وإن لم يعف حتى حلف المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة وهو قضية مفهوم الشرط في العبارة ونحوها وقال في جامع المقاصد ولقائل أن يقول لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف لان الاستحقاق يرجع الى الاخر وأن لم يكن مانعا لم يمنع هناك وفي حواشي شيخنا الشهيد تكون فائدة يمينه مع الشاهد رفع درك المشهود عليه قلت يجيء مثله في صورة النكول بغير فرق انتهى (قلت) ولا فرق أيضا بينهما بعد عفو الاخر لانا ان قلنا باعادتها أو بعدمها حينئذ قلنا بهما في الصورتين والظاهر انه لا اعادة فيهما هذا وقال الشهيد في حواشيه هذه الفروع مبنية على ان نصيب العافي لشريكه في الشفعة وقال في التذكرة انه للمشتري قال فعلى هذا تسقط هذه الاحكام (قلت) المعروف الاول كما تقدم في فروع القول بثبوت الشفعة مع الكثرة (قوله) ﴿ ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت ﴾ كما في التذكرة والتحرير لانتفاء التهمة وفي الدروس واحد وجهي الشافعية أنها

ولو قال احد الوارثين للمشتري شرائك باطل وقال الاخر صحيح فالشفعة باجمعها للمعترف بالصحة وكذا لو قال انما اتهبته او ورثته وقال الآخر اشتريته ولو ادعى المتبائعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما ولا يمين عليه الا ان يدعى عليه العلم ولو اقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع ويدعي وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما فيشتري الشقص منه اختيار اويتبارآن فللشفيع في الثاني الشفعة (متن)

لا تقبل لانه ربما توقع العود الى العين لسبب ما (وقال) في جامع المقاصد انه لا يخلو عن قوة ولا ترجيح فيه ولا في الحواشي ولو كانت قبل قبض الثمن لم تقبل كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بل في الاخير انها لا تقبل قطعا لانه يجر الى نفسه نفعا اذا افلس المشتري فانه يرجع الى المبيع على تقدير عدم اخذ الشفيع اياه ولا يخفى ان نحو هذا محتمل على التقدير الاول (وقد) تقدم مثله فيما اذا ادعى على شريكه الابتياع وحررنا القول في ذلك وقلنا ان هناك ضابطا يرجع اليه فليرجع اليه (قوله) ﴿ ولو قال احد الوارثين للمشتري شرائك باطل وقال الآخر صحيح فالشفعة باجمعها للمعترف بالصحة وكذا لو قال انما اتهبته او ورثته وقال الآخر اشتريته ﴾ كما نص على الامرين في المبسوط وغيره قالوا لانه اعترف في الموضعين بانه لا شفعة له (قوله) ﴿ ولو ادعى المتبائعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما ولا يمين عليه الا ان يدعى عليه العلم ﴾ اما عدم نفوذه في حق الشفيع فقد صرح به في المبسوط والتحرير والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك (واما) انه ينفذ في حقهما وانه لا يمين عليه الا ان يدعى عليه العلم فقد صرح به فيما عدا الاولين (اما الاول) فلا تفاق الثلاثة على وقوع البيع وذلك يقتضي الشفعة لانه محمول على الصحيح ودعوى المتبائعين فساده لا تقبل في حق الشفيع استصحابا لما ثبت له من الحق بالبيع فيأخذ الشفيع من المشتري ويكون الدرك عليه (واما) انه ينفذ في حقهما فواضح فيجب دفع ذلك الثمن المعين الى المقر له به ولا يكون النماء قبل الاخذ بالشفعة للمشتري (واما) انه لا يمين عليه الا اذا ادعي عليه العلم فيحلف على نفيه لانه حلف على نفي فعل الغير ولم يتعرض لحكم الثمن الذي يعترف به الشفيع والواجب ان ياخذه المشتري ويدفعه الى البائع ليأخذه معاوضة عن قيمة الشقص لزعمهما انه غير مستحق لاخذه فان بقي من الثمن بقية عن القيمة فهو مال لا يدعيه احد فيدفعه الى الحاكم (قوله) ﴿ ولو اقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع ويدعي وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما فيشتري الشقص منه اختيارا ويتبارآن فللشفيع في الثاني الشفعة ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (اما) عدم ثبوت الشفعة فلاعترافه بفساد البيع (واما) انه يجب على المشتري رد قيمة الثمن فلاعترافه بغصبيته (وقد) سبق تعلق حق البائع به ولا يقبل اقراره فيه فلا يمكن رد عينه فيضمن قيمته ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا (واما) وجه زعمه بان الشقص للبائع فظاهر (واما) انه يدعي على البائع وجوب رد الثمن اليه فلانه قد دفع الى المالك عوضه فملكه او لانه يريد ان يرده الى مالكه ليسترد ماله لانه دفعه للحيلولة وقد اشار بقوله فيشتري الشقص منه الى آخره الى طريق التخلص (وكيفية البيع) ان يقول ان كان هذا ملكي فقد بعته لك بكذا ولا يضر التعليق لانه هنا من مقومات العقد لانه معتبر في نفس الامر اذ لا تمكن صحة البيع بدونه وذلك لان المشتري يعتقد انه ليس ملكه والبائع يخشى لولا هذه الكيفية ان يلزم بما تضمنه لفظ البيع من الاقرار بالملك المقتضي لفساد العقد الاول فاذا وقع العقد كذلك ابرأ كل منهما ذمة الآخر مما له عنده (وقال) في جامع المقاصد وينبغي ان يقع التقاص اذا حصلت

ولو اقر الشفيع و[illegible]ائع خاصة رد [illegible] الثمن على المالك وليس [illegible] المشتر[illegible]
شفعة ولو ادعى ملكا على اثنين فصد[illegible] احدهما فباع حصته [illegible] المصدق فان [illegible]
المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة وان نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة (متن)

شرائطه ولا يضر كون احد العوضين للمغصوب منه باقرار المشتري لتعذر الوصول اليه واما ان للشفيع في البيع الثاني الشفعة فلاستجماعه الشرائط (قوله) =*﴿ ولو اقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة ﴾*= كما صرح بذلك في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (اما) رد الثمن على المالك فلنفوذ اقراره فيه (واما) انه ليس له مطالبة المشتري بالشقص فلان اقراره لا ينفذ عليه (واما) انه لا شفعة للشفيع فلاعترافه بفساد البيع ولو اقر الشفيع خاصة بطلت شفعته ولا تنفذ في حق المتعاقدين (قوله) -*﴿ ولو ادعى ملكا على اثنين فصدقه احدهما فباع حصته على المصدق فان كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة وان نفى دعواه عن نفسه فله شفعة ﴾*- كما في التذكرة وجامع المقاصد والوجه في الحكمين ظاهر (اما الاول) فلانه اذا نفى الملك عنه فقد نفى البيع فلا شفعة (واما الثاني) فلحصول المقتضي لثبوتها

والحمد لله كما هو اهله والشكر لله والشكر طوله وصلى الله على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين ملأ الميزان ومنتهى العلم ومبلغ الرضا وزنة العرش وسعة الكرسي

وقد تم كتاب الشفعة بلطف الله عز وجل وبركة آل الله صلى الله عليهم ليلة الخميس الثامنة والعشرين من شهر ربيع الثاني سنة ١٢٢٣ ويتلوه بلطف الله وبركة آل الله صلى الله عليهم في المجلد الذي بعده (المقصد الثالث) في احياء الموات ولا قوة الا بالله العلي العظيم

وفي هذه السنة جاء الخارجي الذي اسمه سعود في جمادى الاخرة من نجد بما يقرب من عشرين الف مقاتل او ازيد فجائتنا النذر بانه يريد ان يدهمنا في النجف الاشرف غفلة فتحذرنا منه وخرجنا جميعا الى سور البلد فاتانا ليلا فرآنا على حذر قد احطنا بالسور بالبنادق والاطواب فمضى الى الحلة فرآهم كذلك ثم مضى الى مشهد الحسين عليه السلام على حين غفلة نهارا فحاصرهم حصارا شديدا فثبتوا له خلف السور وقتل منهم وقتلوا منه ورجع خائبا ثم عاث في العراق فقتل من قتل وبقينا مدة تاركين البحث والنظر على خوف منه ووجل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم وقد استولى على مكة شرفها الله تعالى والمدينة المنورة وقد تعطل الحاج ثلاث سنين وما ندري ما ذا يكون ولا حول ولا قوة الا بالله (نقل من خط المصنف قدس سره)

وقد تم بحمده تعالى طبع مجلد الامانات الذي هو (المجلد السادس) من كتاب (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة) للعلامة الفقيه المتبحر السيد محمد جواد العاملي المجاور بالنجف الاشرف الغروي على مشرفه السلام حيا وميتا قدس الله روحيهما وكان الفراغ من طبعه في اواخر شهر محرم الحرام سنة ١٣٣٣ هجرية (بالمطبعة الوطنية العلوية) الكائنة بدمشق المحمية

ويليه المجلد السابع الذي طبع سابقا مع المجلد الثامن والمجلدات الخمسة الاولى بمصر القاهرة اوله (المقصد الثالث) في احياء الموات

وسنباشر قريبا بمشيئته تعالى في طبع المجلد التاسع والعاشر ومنه تعالى نستمد التوفيق للاكمال

وقد صحح هذا المجلد بتمام الدقة وكمال الضبط وقوبل على عدة نسخ مرات عديدة الا ما زاغ عنه البصر وخرج عن قدرة البشر وذلك بمباشرة العبد الفقير الى عفو ربه الغني (محسن الحسيني العاملي) نزيل دمشق الشام غفر الله ذنوبه وستر عيوبه فاصبح هذا المجلد ممتازا في صحته عن المجلدات السبعة المطبوعة سابقا بمصر التي لم نحضر على تصحيحها وانا صححناها قبل الطبع وبعده ووضعنا لها الفهرست

وجدول الخطأ والصواب لما هذا المجلد فاصبح غنيا عن جدول الخطأ والصواب سوى ان تسع كراريس (ملازم) منه طبعت في وقت غيابنا عن دمشق وهي من ابتداء كراس ٤٤ الى نهاية كراس ٥٢ فوقع فيها اغلاط يسيرة ونقص شيء من متنها الموضوع في اعلا الصحائف لان الطابعين اشتباها منهم نقلوا متنها من اصل الكتاب لا من القواعد وقد تداركنا ذلك في جدول الخطأ والصواب . ووضعنا له فهرستا جامعا يهتدى به الى اي مسئلة تطلب باسرع من لمح البصر فاصبح هذا المجلد قليل النظير في صحته وجودة طبعه وحسن وضعه

والمسؤل من كرمه تعالى ان يعوضنا على عنائنا في تصحيحه وطبعه واحيائه وتسهيل الانتفاع به الثواب العظيم يوم لا ينفع مال ولا بنون الا من اتى الله بقلب سليم

والملتمس ممن نظر فيه ان يذكرني ووالدي بصالح
الدعاء والحمد لله وصلى الله على
محمد وآله وسلم تسليما
كثيرا

(جدول الخطأ والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطا	صواب	صحيفة	سطر	خطأ	صواب
١١٦	١٥	من لأن بعض	من التقية لان بعض المخالفين	٣٥٠	٤	الصفقة منتفية	الصفقة على المشتري او اخذ النصف منتفية هنا
١٨٩	٣	الاجرة	الاجارة				او اخذ النصف كان وجها فان امتنع الحاضر او
٢٨٥	٢	وارتد	او ارتد				عفا لم تبطل الشفعة وكان للغائبين اخذ الجميع وكذا
٣١١	١٢	وضع الهلال هنا بعد كلمة بالعتق	والصواب وضعه بعد كلمة تعالى				لو عفا ثلاثة او امتنعوا فالرابع اخذ الجميع ان شاء
				٣٥٠	٥ و ٣٥	الاخر فقاسم	الاخر
٣٤٥	٢	ولو	(الرابع) لو	٣٥٠	٣٣	ولو	او
٣٤٥	٩	معروفات	معرفات	٣٥٠	٣٦	كما	كما لو
٣٤٥	٢٨	ولو	لو	٣٥١	١	رجع	رجع الى المشتري
٣٤٥	٣٣	واحد	واحدا	٣٥١	٤	المشترى	المشتري
٣٤٧	٣	عفي	عفا	٣٥١	١٢	لانشاء	لاانشاء
٣٤٧	٢١	فينيغي	فينبغي	٣٥١	١٦	متحصر	منحصرا
٣٤٨	٢	ولو	(الخامس) لو	٣٥١	١٩	اواخذ	اخذ
٣٤٨	٢٣	وهما	هما	٣٥٢	١	لو	(السابع) او
٣٤٨	٢٧	ولو	لو	٣٥٢	٣	ويقتسماه	ويقتسمانه خ ل
٣٤٩	٦ و ٣٢	سدس	السدس	٣٥٢	٤	التسعة	تسعة خ ل
٣٤٩	١٤	هل يستحق	ينتحق ظ	٣٥٢	٤ و ٢٣	الباقين	الباقيين
٣٤٩	١٥	ترك وضع الهلال هنا بعد لفظة عنه سهوا		٣٥٢	٥ و ٢٣	ثلثا	ثلثاه
٣٤٩	٢٧	الربع	الرابع	٣٥٢	٣١	تلثه	ثلاثة
٣٥٠	١	فتصح من اثني عشر لو	(السادس) لو	٣٥٣	١	لو	(الثامن) لو

(جدول الخطا والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٣٥٣	١	الصفقة	الصفقة على المشتري
٣٥٣	١٧	قبل	قبل قبض
٣٥٣	٢٤	ان لم	انه لم
٣٥٣	٢٧	التربيب	الترتيب
٣٥٤	١	وتركه	و(اوخ ل)تركه خاصة
٣٥٤	٨	ماخترناه	ما اخترناه
٣٥٤	٢٦	نظر	نظرا
٣٥٥	١٣	رضي	رضا
٣٥٥	١٨	رضى	رضا
٣٥٥	٣٥	جبرالقهرة	جبراً لقهره
٣٥٦	٥	بن	اين
٣٥٦	١٧	الملك	المملك
٣٥٦	٣٢	تجديده	تحديده
٣٥٧	٦	بالثمن	بالمثمن
٣٥٧	١٠	المقنعة	والمقنعة
٣٥٧	٢٤	لاخذ	الاخذ
٣٥٧	٢٦	البيع	المبيع
٣٥٩	٨	اخذ	اخذه
٣٦٠	٣٦	توهمته	توهنه
٣٦٠	٣٦	وقصتة	وافقته
٣٦١	١٥	حكي	حكي
٣٦٣	١١	يكتفي	يكتفى
٣٦٣	٢٤	بلاخلاف	باختلاف
٣٦٤	١٠	اذ	اذا
٣٦٤	٣٣	والاشبهه	والاشبه
٣٦٥	٢ و١٦	على رآي	على رأي سواء كان مثل قيمة المشفوع اولا
٣٦٥	٢١	الشفعة	الشفعة حينئذ
٣٦٥	٢٥	بدفعها	يدفعها
٣٦٥	٢٨	سواد القاضي	سوار القاضي
٣٦٥	٣٣	التقوية غالبا	التقوية
٣٦٦	٣	حكى	حكي
٣٦٦	٣	وفي	في
٣٦٦	٧	معاوضته	معاوضة

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٣٦٦	١١	خبر	جبر
٣٦٦	١٣	اغضيا	اغضينا
٣٦٧	٢٩	كان	ان كان
٣٦٩	٢٦	المشور	المشهور
٣٧٠	٥ و٢٣	وانه	اوانه
٣٧١	٢	ببعضه	بعضه
٣٧٢	١٣	اواخذه	واخذه
٣٧٤	٦	المفسوخ	الفسوخ
٣٧٤	١٣	اناة	انات
٣٧٤	٢٩	ونحوها	ونحوهما
٣٧٥	٢ و٣٢	البيع	البيع به
٣٧٥	٣٤	ببينة	بينة
٣٧٦	٣	عليه	عليه البائع لاعا حلف عليه المشتري
٣٧٦	٦	عليه البائع لاعا حلف عليه المشتري	عليه
٣٧٦	١٣	المحقق	المحقق متحقق خ ل
٣٧٦	٣٢	انتهى	كذا في النسخ والظاهر انه غلط
٣٧٧	١٨	دفعه	وقفه
٣٧٧	٢٨	احدهما	احدها
٣٧٨	١٣	باستثنائهما	باستثنائها
٣٦٧	١٥	حارق	الظاهر انه جارف بالجيم والراء المهملة والفاء (حاشية لكاتبه محسن)
٣٧٨	٢٢	والتنظير	والتنظير في جامع المقاصد
٣٧٨	٢٥	وفي جامع المقاصد كيف	وكيف
٣٧٨	٣١	لهده	لهدم
٣٧٩	٤	بضمان	بالضمان
٣٧٩	٣٠	ينسقط	يتقسط
٣٧٩	٣٤	نقض	نقص خ ل
٣٨٠	١٣	انتهى	الخ
٣٨٠	٣٢	بالمعنى	بالمعنى الذي
٣٨١	٦	بعد	بعد ان ظ
٣٨١	٨	اقصى	واقصى ظ

(جدول الخطأ والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطأ	صواب	صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٣٨١	٣١	توافق	نوافق	٣٩٢	٨	صار	طار
٣٨٠	٣٣	يعم	يقم	٣٩٢	١٥	بقدر	يقدر
٣٨١	٣٤	الاستهدام ام	الاستهدام	٣٩٣	٣	المقصد	المحصل
٣٨١	٣٦	او الصفات	والصفات	٣٩٣	٣ و٣٣	توانيا	توانيا في الطلب خ
٣٨٢	١ و١٥	كان	كان الشفيع	٣٩٤	٢ و٢٤	ترك	ترك الاشهاد خ ل
٣٨٢	١ و١٦	طلب	طلب المشتري	٣٩٥	١	وصدقه	فصدقه
٣٨٢	٢٥	ايظا	ايضا	٣٩٥	٨	يكتفي	يكتفى
٣٨٣	١	بالغراس	بالغراس بالغرس خ ل	٣٩٧	٢٢	مناة	مناط (ظ)
٣٨٣	٩	اذنة	اذنه	٣٩٧	٢٨	لهذه	هذه
٣٨٣	١٢	العادية	العارية	٣٩٨	١ و٥	شرط	شرطا
٣٨٣	١٧	الاشهر به	الاشهرية	٣٩٨	٢٦	في سبب	سبب في
٣٨٣	٢٥	كنقضها	كنقصها	٣٩٩	٢٦	التولي	القولي
٣٨٤	٣	البقاء	ابقاء	٣٩٩	٣١	لكن	لكن ليس
٣٨٤	٧	لها مانع	لا مانع	٤٠٠	١ و٣	بطلت على	على اشكال
٣٨٥	٣	فيدفعه	فيدفعه الشفيع			اشكال	بطلت خ ل
٣٨٥	٦	التحرير والشرائع	الشرائع والتذكرة	٤٠٠	١٨	الشبهة	الشفعة
		والتذكرة	والتحرير	٤٠١	١١	صع	صح
٣٨٥	٧	بعد بذل	بذل	٤٠١	١٥	لا يقدح	كذا في نسخ الكتاب
٣٨٥	١١	يدعي	يدعى				وجامع المقاصد وكأن الصواب لايقدح فيه اونحوه
٣٨٥	١٦	والمهذب	والمهذب	٤٠١	١٦	نزيد	يزيد
٣٨٥	٢٦	بيان	ببيان	٤٠١	٣٣	مقابلة	مقابله
٣٨٦	١	آخر	وقت آخر	٤٠٢	٣	السبب	السبب وهو الملك
٣٨٦	٤	فالوجه	فالوجه فالاوجه خ ل	٤٠٣	٧	الاقوى	الاقوال
٣٨٧	٣٤	عا في	لفظة عا موجودة في بعض	٤٠٣	١٢	بثبوته	ثبوته
			النسخ دون بعض	٤٠٣	١٧	مقابلة	مقابله
٣٨٨	٣ و١٤	بحصتها	بحصتها	٤٠٣	١٩	فكان	فكانوا (ظ)
٣٨٨	٢٤	مقابلة	مقابله	٤٠٣	٣٢	كاشف	كشف
٣٨٨	٢٦	وثبت	وثبتت	٤٠٣	٣٤	لعلة	لعله
٣٨٩	١ و٥	فرده	فرده البائع	٤٠٤	٩	أنها	عندنا
٣٨٩	٢ و١٣	يخدث	يحدث عنده	٤٠٤	١١	ابا	ابي ظ
٣٨٩	٣ و٢٥	رده	رده على البائع	٤٠٤	١٣	تبرى	بتري
٣٩٠	٨	او هو	وهو	٤٠٤	٢٤	بالزوجية	بالزوجة
٣٩١	٢ و١٨	البائع	البائع الثمن	٤٠٤	٢٨	من	ممن
٣٩٢	٣ و٢٥	ويرجع	ويرجع ورجع خ ل	٤٠٥	٤	مورثة	موروثة
٣٩٢	٥ و٣٢	الشفيع	الشفيع من الثمن	٤٠٥	٢٢	الشود	المشهود

(جدول الخطأ والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطا	صواب	صحيفة	سطر	خطا	صواب
٤٠٥	٣٦	المسالك	المسالك (منه)	٤١٣	٢٨ و ٣١	المدعى	المدعي
٤٠٧	٤ و ٢٠	بينا	تبينا	٤١٣	٣٠	ترك	ترك ترك
٤٠٧	١٤	المبنيان	مبنيان	٤١٣	٣٢	المدعي	المدعى
٤٠٧	٣٤	صورة مورثة	حياة مورثه	٤١٤	٢٠	الشركة	للشركة
٤٠٩	١ و ٢٤	نصيبه	نصيبه لاجنبي	٤١٥	٢٨	خبرالنفع ورفع	جر النفع ودفع
٤٠٩	٢	خمس	خمس السدس الذي له ان اثبتنا الشفعة مع الكثرة	٤١٥	٣٠	بالعداوة والبغضية	في العداوة والبعضية
٤٠٩	١٨	المشتري	المشترى	٤١٦	٠٨	الترك	لترك
٤١٢	٣٢	ظاهر	ظاهرا خل	٤١٦	٣٥	بينة	بينته
٤١٢	٣٣	التي	الذي ظ				
٤١٣	٢٠	جردأبه	جروا به				

﴿ تم جدول الخطا والصواب الاما زاغ عنه البصر ﴾

(فهرست المجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة وهو كتاب الامانات)

(الوديعة) و (العارية) و (اللقطة) و (الجعالة) و (كتاب الغصب) و (الشفعة)

تم الفهرست

